

# De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar

*Advocare, mediare, ... errare?*

**Wannes Vandenbussche**

Aspirant FWO-Vlaanderen, Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven

**Dorien Vervoort**

Assistent, Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven

## Inleiding

**1. Aansprakelijkheid advocaat** – Hoewel er geen recente cijfers of empirisch onderzoek over bestaan, leeft de perceptie dat er steeds meer aansprakelijkheidsclaims worden ingesteld tegen advocaten.<sup>1</sup> In de eerste plaats is het voor cliënten een uitweg om tijdelijk aan de betaling van het ereloon te ontsnappen. Daarnaast vormt het een manier om met de frustratie van het verliezen van een rechtszaak om te gaan. Bovendien voelen veel burgers zich door de opkomst van het internet en andere media beter geïnformeerd. Daardoor zijn ze mondiger geworden en koesteren ze meer concrete verwachtingen ten opzichte van hun raadsman over de uitkomst van een geding.

Omwille van de vele rechtspraak en de veelzijdigheid van de problematiek focussen we ons in het eerste hoofdstuk van deze bijdrage op drie grote leerstukken met betrekking tot de aansprakelijkheid van de advocaat. Na een algemene inleiding (afdeling 1) wordt eerst ingegaan op de bewijsproblematiek (afdeling 2). Aansluitend komen de verjaring en de verlies van een kans-leer aan bod (afdeling 3 en 4).

**2. Aansprakelijkheid bemiddelaar** – Het grote aantal uitspraken over de aansprakelijkheid van de advocaat is paradoxaal ten opzichte van het aantal vorderingen ingesteld tegen bemiddelaars. In de Belgische gepubliceerde rechtspraak is daar geen enkel voorbeeld van te vinden. Een eerste reden hiervoor is dat er nog steeds minder beroep wordt gedaan op bemiddelaars dan op advocaten.<sup>2</sup> Een tweede verklaring is te vinden in de aard van de opdracht. Een bemiddelaar moet een kader creëren waarbinnen beide partijen vanuit hun onderliggende belangen tot een gemeenschappelijke oplossing kunnen komen voor hun conflict. Een advocaat moet daarentegen de belangen van één cliënt vertegenwoordigen en

---

<sup>1</sup> Voor zover het aantal gepubliceerde uitspraken in tijdschriften een betrouwbare graadmeter kunnen zijn, lijken ze in ieder geval die tendens te bevestigen.

<sup>2</sup> T. DE BEIR, "Enquête betreffende de bemiddelingsmediationmarkt in België", *TMD* 2014, (48) 48.

heeft daarbij heel wat minder speelruimte.<sup>3</sup> Binnen het bestek van deze bijdrage lijkt het niettemin belangrijk om een blik te werpen op de professionele aansprakelijkheid van de bemiddelaar. In de eerste plaats omdat het grootste deel van de bemiddelaars nog steeds advocaten zijn.<sup>4</sup> Bovendien wordt deze methode van alternatieve geschillenoplossing actief gepromoot door de wetgever en worden ieder jaar meer en meer bemiddelaars opgeleid.<sup>5</sup>

Na een algemene inleiding op de figuur van de bemiddeling (afdeling 1), wordt ingegaan op drie verplichtingen van de bemiddelaar die, bij een schending ervan, zijn aansprakelijkheid in het gedrang kunnen brengen (afdeling 2).

## Hoofdstuk 1. De aansprakelijkheid van de advocaat

### Afdeling 1. Algemene beginselen

**3. Aard van de rechtsverhouding** - Omwille van de grote verscheidenheid van handelingen die een advocaat verricht ten behoeve van zijn cliënt, kan de rechtsverhouding tussen beiden niet tot één contract worden herleid. Bijgevolg wordt de overeenkomst tussen advocaat en cliënt omschreven als een gemengde overeenkomst waarop de cumulatietheorie van toepassing is. De rechtsverhouding bevat elementen van verschillende contracten en de regels van de ene of andere overeenkomst zijn van toepassing naargelang de door de advocaat uitgeoefende deeltaak.<sup>6</sup>

Wanneer een advocaat optreedt als raadsman van zijn cliënt, dient de contractuele verhouding als een aannemingsovereenkomst te worden gekwalificeerd. Wordt de advocaat daarentegen belast met het voeren van een geding of het verdedigen van de belangen van zijn cliënt, dan treedt hij op als lasthebber.<sup>7</sup> Indien het specifiek gaat over de vertegenwoordiging in rechte

<sup>3</sup> L. VAN WESTEN, "Aansprakelijkheid van de mediation. Hoe moet de zorgplicht van de mediation worden ingevuld?" in W. DIJKSHOORN, N.J.H. HULS en S.D. LINDENBERGH (eds.), *Waar gehakt wordt ... Acht bijdragen over beroepsaansprakelijkheid*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, (31) 31.

<sup>4</sup> T. DE BEIR, "Enquête betreffende de bemiddelingsmediationmarkt in België", *TMD* 2014, (48) 49.

<sup>5</sup> Ook ZAO en KOO merken op: "*Jurisdictions that are actively promoting mediation should deal with the question of mediator liability cautiously*" (Y. ZAO en A.K.C. KOO, "Revisiting the Issue of Mediator Immunity", *Hong Kong Law Journal* 2011, (677) 679).

<sup>6</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 8, nr. 11; C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 8-9; P. SOENS, "Termijn verstreken, kans verkeken?", *Ad Rem* 2005, 7; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB en P.-J. NAEYAERT, "Overzicht van rechtspraak: Lastgeving", *TPR* 2010, 603; H. VANDENBERGHE, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", *TPR* 2010, 1939, nr. 55; J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, "Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat. Enkele bedenkingen" in X. (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (431), 431, nr.1. Zie ook Vred. Brugge (4) 1 maart 2007, *TGR-TWVR* 2008, 8. Zoals blijkt uit bovenstaande verwijzingen, spreekt men soms over een overeenkomst *sui generis*. Dit is niet helemaal correct aangezien dergelijke kwalificatie wordt gebruikt voor gemengde overeenkomsten bestaande uit nevengeschikte contracten waarbij de toepasselijke regels tegenstrijdig zijn met elkaar. In de rechtsverhouding cliënt-advocaat zijn de regels van de verschillende contracten niet tegenstrijdig zodat hier de cumulatieleer geldt (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2005, 27, nr. 34 en W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 62-63).

<sup>7</sup> J.-P. BUYLE, "Les risques du métier d'avocat liés au non respect des devoirs d'information, de conseil, de stratégie et de vigilance" in X. (ed.), *Les risques du métier: Les risques liés à la responsabilité civile*

van zijn cliënt, spreekt men over het mandaat *ad litem*<sup>8</sup>. Daarnaast kunnen er tussen de partijen nog specifieke overeenkomsten tot stand komen, zoals een bewaargeving.<sup>9</sup>

## §1. Inbreuk op resultaatsverbintenis

**4. Niet-bereiken van het beloofde resultaat** - Een advocaat is gehouden tot een resultaatsverbintenis voor het meer ‘formele’ aspect van zijn tussenkomst (zoals het verschijnen op de zitting, het aantekenen van hoger beroep, het tijdig instellen van de vordering en het tijdig neerleggen van conclusies).<sup>10</sup> Daarnaast verbindt hij zich daar ook toe bij de uitvoering van specifieke overeenkomsten (zoals bijvoorbeeld bij de bewaring van stukken).<sup>11</sup>

In die gevallen begaat hij een contractuele wanprestatie van zodra het beloofde resultaat niet wordt bereikt. Het volstaat dat de cliënt het bestaan van de verbintenis en het uitblijven van het resultaat aantoon, zonder dat nog een aanvullend bewijs van de fout moet worden geleverd.<sup>12</sup> Bij een advocaat die de opdracht heeft gekregen om een handelshuurhernieuwing aan te vragen en toch aan de wettelijke termijn verzuimt, is het bijvoorbeeld zonder belang om de redenen te kennen waarom hij die termijn heeft overschreden. Hij was gehouden tot een resultaatsverbintenis en het niet-bereiken van dat resultaat is het enige wat telt.<sup>13</sup>

**5. Overmacht** – In geval van een inbreuk op een resultaatsverbintenis kan de advocaat proberen om overmacht in te roepen om zich van zijn aansprakelijkheid te bevrijden. Overmacht wordt aanvaard wanneer er sprake is van omstandigheden die zich buiten de wil van een partij hebben voorgedaan en indien zij die niet heeft kunnen voorzien of voorkomen.<sup>14</sup> Over het algemeen zijn zowel de hoge als de lage rechtspraak relatief streng bij het beoordelen van overmacht. Dat is in het bijzonder het geval voor de advocaat.<sup>15</sup>

---

*professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2008, (81) 82-83, nr. 2; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 8-11, nr. 11; P. DEPUYDT, “De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen” in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 127-128.

<sup>8</sup> B. TILLEMANS, *Lastgeving in APR*, Mechelen, Kluwer, 1997, 154, nr. 307; A. VAN OEVELEN, “Het mandaat van de advocaat wanneer hij niet in rechte optreedt”, *RW* 2009, (1586) 1586-1587, nr. 1-2.

<sup>9</sup> V. COIGNEZ, “De aansprakelijkheid van de advocaat” in X (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer, 2013, (385) 397, nr. 251.

<sup>10</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 24, nr. 23; P. DEPUYDT, “De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen” in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, (127) 130.

<sup>11</sup> Bergen 16 januari 1997, *JLMB* 1997, 443.

<sup>12</sup> V. COIGNEZ, “De aansprakelijkheid van de advocaat” in X (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer, 2013, (385), 386, nr. 240; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2005, 142, nr. 196; L. VAN VALCKENBORGH, “De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis” (noot onder Antwerpen 15 september 2008), *TBBR* 2011, (222), 222, nr. 2; H. VANDENBERGHE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *TPR* 2010, 1939, nr. 55; J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, “Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat. Enkele bedenkingen” in X (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, (431), 431, nr.1.

<sup>13</sup> Bergen 16 maart 2010, *JLMB* 2010, 1429.

<sup>14</sup> H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2011, 115, nr. 166; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Ibis, Brugge, die Keure, 2013, 58, nr. 75; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER,

Zo werd in het verleden geoordeeld dat een ziekenhuisopname van een advocaat geen overmacht kon uitmaken. De rechter oordeelde dat de belangen van de cliënt nog verder konden worden behartigd via derden die konden optreden namens de advocaat in kwestie.<sup>16</sup> Dat was een terecht oordeel, aangezien niet voldaan was aan de vereiste van de onmogelijkheid tot uitvoering.

Daarnaast mocht een advocaat die een confrater had opgevolgd zonder te zijn ingelicht dat een termijn aan het lopen was, evenmin beroep doen op overmacht.<sup>17</sup> Het lopen van een termijn kan redelijkerwijze worden voorzien door een advocaat die zich gedraagt als een *bonus pater familias*.<sup>18</sup>

Ten slotte mogen advocaten ook niet uitgaan van de goede werking van de post. Stakingen van het postpersoneel worden niet als overmacht aanvaard.<sup>19</sup> In een uitspraak van 11 juni 2013 werd dat nog eens bevestigd door het hof van beroep te Brussel. Het feit dat het een lokale poststaking betrof en geen algemene was niet ter zake dienend. Het hof overwoog dat “een advocaat er rekening mee dient te houden dat de post ergens in het land aan het staken gaat of vertragingen oploopt in de uitdeling – wat niet zo uitzonderlijk is – en de nodige maatregelen moet nemen opdat een procedurestuk waaraan een vervalltermijn verbonden is, tijdig wordt neergelegd.”<sup>20</sup> Dus ook in geval van een poststaking belet de vereiste van de onvoorzienbaarheid een beroep op overmacht.

**6. Exceptie van niet-uitvoering (*enac*)** – In het kader van het niet-naleven van een resultaatsverbintenis is ook nog een recent arrest van het hof van beroep te Antwerpen vermeldenswaardig. De zaak handelde over een advocaat die de *enac* inriep als verweer tegen een aansprakelijkheidsvordering. De *enac* is een algemeen rechtsbeginsel dat het in wederkerige overeenkomsten mogelijk maakt voor een partij om de uitvoering van haar verbintenis voorlopig op te schorten zolang haar medecontractant nalaat om zijn eigen verbintenissen na te komen.<sup>21</sup>

---

*Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 172; P. VAN OMMESELAGHE, *Les Obligations, II, Sources des obligations* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 1424, nr. 966; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 1320, nr. 841.

<sup>15</sup> I. SAMOY en D. VERVOORT, "Knelpunten inzake overmacht" in A. DE BOECK, I. SAMOY, S. STIJNS, *et al.* (eds.), *Knelpunten in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2013, (141) 149.

<sup>16</sup> Gent 19 juni 2003, *NJW* 2003, 1044. Zie ook E. BREWAEYS, "Ook een doodzieke advocaat moet beroep aantekenen", *Juristenkrant* 8 oktober 2003, afl. 75, 9.

<sup>17</sup> Antwerpen 7 oktober 2002, *NJW* 2003, 493, noot E. BREWAEYS. Zie ook Antwerpen 20 november 1995, *onuitg.* aangehaald door P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 83, nr. 84.

<sup>18</sup> I. SAMOY en D. VERVOORT, "Knelpunten inzake overmacht" in A. DE BOECK, I. SAMOY, S. STIJNS, *et al.* (eds.), *Knelpunten in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Brugge, die Keure, 2013, (141) 146.

<sup>19</sup> Gent 27 september 2001, *TGR* 2002, 23; Brussel 26 februari 1998, *AFT Act.* 1998, 3; Brussel 24 januari 1984, *AFT* 1984, 46; Gent 6 december 1994, *TWVR* 2000, 3.

<sup>20</sup> Brussel 11 juni 2013, *RW* 2013-14, 630. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde al in 2000 dat een plotse en lokale poststaking geen overmacht uitmaakt (zie Antwerpen 4 december 2000, A.R. nr. 2000/AR/727, *onuitg.*, aangehaald door P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 81, nr. 83).

<sup>21</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2005, 208, nr. 291; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 209; P. VAN OMMESELAGHE, *Les Obligations, I, Introduction. Source des obligations* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 873, nr. 570; P. WERY, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2011, 751, nr. 775.

Aanleiding van de zaak was een advocaat die van de werknemster van een failliete onderneming de opdracht had gekregen om aangifte van schuldvordering te doen in het faillissement. Enige tijd later contacteerde de advocaat zijn cliënte met de vraag om hem nog een loonbriefje te bezorgen, alsook een provisie van 600 EUR over te maken. In latere correspondentie herhaalde hij die vraag nog eens. Wanneer twee jaar later blijkt dat geen aangifte van schuldvordering werd ingediend, stelt de cliënte een aansprakelijkheidsvordering in tegen haar advocaat. Deze beroept zich op de *enac*, omdat de cliënte de provisie niet had betaald. Het hof van beroep te Antwerpen gaf de advocaat gelijk en aanvaardde dat hij zijn prestaties mocht opschorten tot de cliënte de gevraagde provisie betaalde. Daarbij overwoog het hof dat de *enac* van rechtswege gold, zodat de advocaat de cliënte er niet eerst op moest wijzen dat hij zijn tussenkomst opschortte in afwachting van de betaling. Het feit dat het proces-verbaal slechts kon worden neergelegd tot de datum van sluiting van het faillissement, deed daar geen afbreuk aan.<sup>22</sup>

In hun annotatie stellen SAMOY en JANSEN zich de vraag of advocaten luidop mogen beginnen dromen van een verregaande immuniteit bij openstaande provisies. Het antwoord daarop is niet onverdeeld positief, omdat een aantal kritische bedenkingen kunnen worden gemaakt bij de uitspraak (verenigbaarheid met de tijdelijke aard van het verweermiddel, de proportionaliteit en de goede trouw).<sup>23</sup>

## §2. Inbreuk op middelenverbintenis

**7. Niet-voldoen aan de *bonus pater familias*-norm** - Een advocaat is belast met een middelenverbintenis voor het 'inhoudelijke' aspect van zijn optreden (zoals het opstellen van conclusies en het geven van advies). In dat verband is het belangrijk om op te merken dat een middelenverbintenis een resultaatsverbintenis kan voorafgaan. Om bijvoorbeeld te weten wanneer een vordering kan worden ingesteld, moet de advocaat de toepasselijke verjarings- of vervaltermijn bepalen en die op het concrete geval toepassen. Pas nadien kan de cliënt hem daar de concrete opdracht toe geven. De adviesplicht met betrekking tot de verjaringstermijn maakt een middelenverbintenis uit.<sup>24</sup>

Wanneer de cliënt een tekortkoming aan een middelenverbintenis opwerpt, moet hij niet alleen het bestaan van de verbintenis bewijzen, maar ook aantonen dat de advocaat niet alle inspanningen heeft geleverd die van een normaal vooruitziend advocaat in dezelfde omstandigheden kunnen worden verwacht.<sup>25</sup> Bij de aangevoerde schending van de

<sup>22</sup> Antwerpen 30 december 2013, *Limb.Rechtsl.* 2014, 131.

<sup>23</sup> I. SAMOY en S. JANSEN, "Uitstel is geen afstel: *enac* als tijdelijk verweermiddel en de noodzaak tot ingebrekestelling (neen) en kennisgeving (soms)" (noot onder Antwerpen 30 september 2013), *Limb.Rechtsl.* 2014, (135) 136, nr. 1. Zie ook Rb. Antwerpen 22 november 2001, *TBBR* 2004, 148 met een licht gewijzigde feitenconstellatie. In deze zaak had de advocaat eerder een fout begaan en had hij voorgesteld om de beroepsprocedure op zijn kosten te voeren op voorwaarde dat het saldo van zijn vroeger gevraagde provisie zou worden betaald. De rechter oordeelde resoluut dat de advocaat een fout had begaan door zijn bereidheid om hoger beroep in te stellen te doen afhangen van de betaling van zijn vroeger te ontvangen provisie.

<sup>24</sup> Gent 17 oktober 2013, nr. 2010/AR/3285, *onuitg.*, 7, die verwijst naar P. DEPUYDT, "De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen" in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, (127) 130-131.

<sup>25</sup> Cf. *supra* vn. 12.

adviesverplichting door de advocaat zal de rechter dus moeten overgaan tot een uitgebreide feitenbeoordeling alvorens hij kan vaststellen of de advocaat al dan niet een fout heeft begaan.<sup>26</sup> Het slechte resultaat waartoe zijn advies heeft geleid, is op zich niet voldoende om hem aansprakelijk te stellen.<sup>27</sup>

Uit onderzoek van DEPUYDT naar de meest voorkomende beroepsfouten is gebleken dat advocaten het vaakst tekortkomen aan het formeel aspect van hun optreden. Het laattijdig instellen van een vordering of procedure was daarbij het meest frequent.<sup>28</sup> Toch betrof het optreden van de advocaat in zijn inhoudelijk aspect ook één op de drie schadegevallen. In die categorie kwam het geven van een verkeerd advies of een vergissing ten gronde in de verdediging (zoals een tactische fout, het vergeten van een argument, het vergeten een partij in vrijwaring op te roepen) het meest aan bod.<sup>29</sup>

## Afdeling 2. Bewijs van aansprakelijkheid

**8. Principe** – Zoals in het gemeen aansprakelijkheidscontentieux, rust de bewijslast van fout, schade en oorzakelijk verband bij de aansprakelijkheid van de advocaat op de benadeelde cliënt (art. 1315 BW en 870 Ger.W.). In een eerste deel focussen we ons op een daaraan voorafgaande discussie, met name de vraag of de opdracht van de advocaat al dan niet bewezen is (§1). Het is mogelijk dat de advocaat argumenteert dat hij nooit de opdracht heeft gekregen om een welbepaalde taak uit te voeren. Aansluitend wordt ingegaan op de bewijslast bij inbreuk op een middelenverbintenis (§2), waarbij onze specifieke aandacht uitgaat naar aansprakelijkheidsvorderingen wegens schendingen van informatieverplichtingen. In het laatste onderdeel wordt de wet van 29 april 2013 over de advocatenakte onder de loep genomen. De ondertekening van zo'n akte zou volgens bepaalde auteurs een verhoogde aansprakelijkheid met zich meebrengen (§3).

### §1. Bewijs van opdracht

**9. Algemeen** – Wanneer er betwisting ontstaat tussen de cliënt en zijn advocaat over de uitvoering van een opdracht, moet de cliënt in eerste instantie het bestaan en de draagwijdte van die opdracht bewijzen.<sup>30</sup> Indien de cliënt daar niet in slaagt, kan de rechter beslissen dat

<sup>26</sup> Bv. bij een advies om afstand te doen van een geding waarvoor nadien een aansprakelijkheidsprocedure wordt ingesteld, zal de feitenrechter de legitimiteit van dat advies, de noodzaak van zo'n afstand van geding, de manier waarop de cliënt op dat advies heeft gereageerd, ... onderzoeken (zie Bergen 22 maart 2013, *JLMB* 2014, 1387).

<sup>27</sup> Brussel 16 mei 2002, *JLMB* 2003, 1673.

<sup>28</sup> In dezelfde zin: J.-P. BUYLE, "L'avocat hors délai" (noot onder Brussel 8 mei 2001, Rb. Huy 8 november 2001 en Rb. Verviers 29 oktober 2002), *JLMB* 2003, (1667) 1667.

<sup>29</sup> P. DEPUYDT, "De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen" in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, (127) 127-129, nr. 2. *Contra* J.-P. BUYLE, "Les risques du métier d'avocat liés au non respect des devoirs d'information, de conseil, de stratégie et de vigilance" in X (ed.), *Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2008, (81) 83, nr. 3.

<sup>30</sup> P. DEPUYDT, "De aansprakelijkheid van de advocaat: de aansprakelijkheid bij de gewone beroepsuitoefening – de aansprakelijkheid bij gerechtelijke mandaten – de verzekering van de aansprakelijkheid" in *CBR-jaarboek 2006-07*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (361) 367, nr. 9; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 15, nr. 18, die Rb. Brussel 27 augustus 2003, *onuitg.*, aanhaalt. Zie ook Rb. Verviers 8 november 2001, *JLMB* 2003, 1659.

de advocaat nooit werd belast met een welbepaalde taak en dus geen contractuele wanprestatie heeft begaan. In dat verband is het van belang om een onderscheid te maken tussen het bewijs van de totstandkoming (A) en de omvang van de opdracht (B).

#### A. De totstandkoming

**10. Onmogelijkheid om zich geschrift te verschaffen** – De totstandkoming van de opdracht van de advocaat valt zoals het bewijs van andere rechtshandelingen tussen partijen onder de algemene regel van art. 1341 BW. Indien het voorwerp van de opdracht de waarde van 375 EUR te boven gaat, moet de cliënt in principe de waarachtigheid van zijn aanspraken bij wijze van geschrift aantonen. Toch is het uitzonderlijk dat er een schriftelijke overeenkomst wordt afgesloten tussen advocaat en cliënt.<sup>31</sup> De vereiste van art. 1341 BW wordt omzeild door één van de wettelijke uitzonderingen: de onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen (art. 1348 BW).<sup>32</sup>

Zo aanvaardde het hof van beroep te Luik in een arrest van 2 februari 2000 de morele onmogelijkheid van een cliënt om zich een geschrift te verschaffen van de opdracht die hij aan zijn advocaat zou hebben gegeven. Het hof leidde uit de feiten dat de rechtszoekende geen enkele juridische vorming genoot, bij hoogdringendheid een advocaat raadpleegde, grote vrees had over zijn professionele toekomst en blijk had gegeven van volledig vertrouwen in zijn raadsman, af dat hij zich in de onmogelijkheid bevond om zich een geschrift te verschaffen.<sup>33</sup>

Die beslissing is opmerkelijk in vergelijking met andere gevallen van morele onmogelijkheid (echtgenoten en bloedverwanten, feitelijk samenwonende partners, personen onder gezag, etc.).<sup>34</sup> Het lag meer voor de hand om een beroep te doen op een andere categorie van onmogelijkheid die rechtspraak en rechtsleer weerhouden, met name de onmogelijkheid ingevolge een vaststaand en algemeen gebruik.<sup>35</sup>

Daarnaast bestaat er nog een andere reden waarom een gebrek aan schriftelijk bewijs geen onoverkomelijke problemen veroorzaakt. Indien de advocaat zonder enig voorbehoud de

<sup>31</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 15, nr. 18.

<sup>32</sup> Zie ook Rb. Brussel 22 september 2009, *T.Vred.* 2012, 394, noot F. DE PATOUL.

<sup>33</sup> Luik 2 februari 2000, *TBBR* 2001, 405.

<sup>34</sup> B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 414-415, nr. 742-743; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 230-233, nr. 237-239; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2009, 183, nr. 252; P. VAN OMMESLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves* in *De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2399-2401, nr. 1692-1693.

<sup>35</sup> I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Wanneer niets is wat het lijkt. Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in X (ed.), *Bewijsrecht - Vormingsprogramma 2014*, Larcier, Gent, 2014, (195) 222, nr. 43; A. VAN OEVELEN, "Het mandaat van de advocaat wanneer hij niet in rechte optreedt", *RW* 2009, (1586) 1590, nr. 8.

opdracht van de cliënt heeft uitgevoerd, kan die uitvoering als een buitengerechtelijke bekentenis worden beschouwd.<sup>36</sup>

## B. De omvang

**11. Principe** - Er bestaat meer discussie over de draagwijdte van de opdracht van de advocaat, die eveneens door de cliënt moet worden aangetoond. Een advocaat kan geen inbreuk plegen op verbintenissen die kaderen binnen een ruimere opdracht dan degene waarvoor hij door zijn cliënt is belast.<sup>37</sup> Als voorbeeld kan gedacht worden aan de situatie waarin de advocaat wordt verweten geen hoger beroep te hebben aangetekend, maar waartegen hij opwerpt dat die handeling niet tot zijn opdracht behoorde.

Aangezien het in die gevallen gaat over het voeren van een geding en het verdedigen van de belangen van de cliënt, dient een oog te worden geworpen op de algemene regels met betrekking tot lastgeving (inzonderheid art. 1986-1987 BW). Een mandaat *ad litem* omvat de bevoegdheid om alles te doen wat nodig is om een uitspraak te bekomen die een einde zal maken aan het geding. Voor bepaalde specifieke rechtshandelingen (afstand van geding, de wraking van een rechter, het aantekenen van hoger beroep, etc.) is een bijzonder mandaat vereist.<sup>38</sup> Ondanks het feit dat een specifieke opdracht tijdens de behandeling van een dossier slecht uitzonderlijk via een geschrift wordt gegeven<sup>39</sup>, zijn de uitspraken waarin de rechter oordeelt dat een bijzonder mandaat niet bewezen is eerder zeldzaam.<sup>40</sup>

**12. Bewijs met alle middelen van recht** – Een eerste reden daarvoor is te vinden in een specifieke bewijsregel die geldt voor lastgevingsovereenkomsten. Eenmaal het bestaan van die overeenkomst voldoende is bewezen, mag de omvang van het mandaat met alle middelen van recht (incl. getuigen en vermoedens) worden aangetoond.<sup>41</sup> Een goede illustratie daarvan is te vinden in een arrest van het hof van beroep te Bergen van 21 december 2012.

Naar aanleiding van een aansprakelijkheidsvordering voor een laattijdig ingesteld hoger beroep riep de advocaat in dat het niet bewezen was dat de cliënte hem expliciet had gevraagd om in elk geval hoger beroep aan te tekenen. Volgens het hof bestonden er evenwel voldoende ernstige, precieze en overeenstemmende vermoedens die de wil van de cliënte om hoger beroep in te stellen en de kennis van de advocaat van dit voornemen, aantoonde. Zo was een arts geconsulteerd om als raadsgeneesheer op te treden in hoger beroep. Die arts signaleerde dat hij een evaluatierapport van de toestand van de cliënte had opgesteld met als

<sup>36</sup> B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Tussenpersonen (1): 1999-2009", *TPR* 2010, (589) 632, nr. 41; A. VAN OEVELEN, "Het mandaat van de advocaat wanneer hij niet in rechte optreedt", *RW* 2009, (1586) 1590, nr. 8.

<sup>37</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 17, nr. 19.

<sup>38</sup> B. TILLEMANS, *Lastgeving* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 1997, 154, nr. 307 en 155-162, nr. 308; A. VAN OEVELEN, "Het mandaat van de advocaat wanneer hij niet in rechte optreedt", *RW* 2009, (1586) 1588, nr. 3.

<sup>39</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 15, nr. 18.

<sup>40</sup> Voor een succesvol voorbeeld, zie Bergen 24 januari 2002, *JLMB* 2003, 167, noot J-P. BUYLE.

<sup>41</sup> B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, *et al.*, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Tussenpersonen (1): 1999-2009", *TPR* 2010, (589) 633, nr. 42; B. TILLEMANS, *Lastgeving* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 1997, 97, nr. 180; A. VAN OEVELEN, "Het mandaat van de advocaat wanneer hij niet in rechte optreedt", *RW* 2009, (1586) 1590, nr. 9.



doelstelling om dat in hoger beroep te gebruiken. Bovendien had de mutualiteit een brief naar de cliënte gestuurd met de volgende inhoud: “*we hebben vernomen dat u uw advocaat gecontacteerd hebt om hoger beroep in te stellen*”<sup>42</sup>.

**13. Actieve informatieplicht** – Daarnaast is het ook mogelijk dat een cliënt zijn advocaat weliswaar geen bijzonder mandaat heeft gegeven om een bepaalde handeling te verrichten, maar dat de reden daarvoor bij de advocaat zelf moet worden gezocht. Een advocaat heeft immers een actieve informatieverplichting die zich uitstrekt tot alle vorderingen die moeten worden ingesteld om de belangen van zijn cliënt te verdedigen (*cf.* randnr. 15-17).<sup>43</sup> Aldus moet hij niet passief wachten op mogelijke instructies van zijn cliënt. Hij moet zelf initiatief nemen en zijn cliënt attent maken op mogelijke valstrikken, wettelijke verplichtingen of te vervullen formaliteiten.<sup>44</sup> Zo moet hij op het einde van een beroepstermijn de mogelijkheid om hoger beroep aan te tekenen nog eens extra in herinnering brengen, indien zijn cliënt hem nog geen opdracht heeft gegeven.<sup>45</sup>

Een ander voorbeeld is te vinden in een arrest van het hof van beroep te Brussel van 10 november 2006. Een advocaat voerde aan dat zijn cliënt hem nooit de opdracht had gegeven om een handelshuurhernieuwing aan te vragen. Toch stelde het hof van beroep vast dat de advocaat niet kon ontkennen dat de cliënt in het gehuurde goed wenste te blijven. Hij was geraadpleegd in een procedure om de ontbinding van de huurovereenkomst te betwisten. Volgens het hof kwam het dus aan de advocaat toe om alles in het werk te stellen om het huurcontract verder te laten lopen. Zijn cliënt informeren over de noodzaak om een handelshuurhernieuwing aan te vragen, maakte integraal deel uit van die opdracht.<sup>46</sup> Eenmaal de cliënt dan voldoende geïnformeerd zou zijn, zou hij zijn advocaat de concrete opdracht kunnen geven om de handelshuurhernieuwing aan te vragen (*cf.* randnr. 7)

## §2. Bewijs van inbreuk op middelenverbintenis

### A. Algemeen

**14. Principe** – De tekortkoming van een advocaat is het moeilijkst te bewijzen bij een inbreuk op een middelenverbintenis. In dat geval moet de cliënt de fout van zijn advocaat bewijzen door aan te tonen dat die laatste niet alle inspanningen heeft geleverd die daartoe

<sup>42</sup> Bergen 21 september 2012, *JLMB* 2013, 1742. In dezelfde zin Rb. Verviers 8 november 2001, *JLMB* 2003, 1659.

<sup>43</sup> Gent 17 oktober 2013, nr. 2010/AR/3284, *onuitg.*, 6. In deze zaak oordeelde het hof van beroep dat het feit dat de cliënt een eigen juridische dienst had die één en ander opvolgde, geen afbreuk deed aan die actieve informatieplicht. Er bestaat wel discussie of er geen verminderde informatieplicht geldt wanneer de cliënt als voldoende voorgelicht kan worden beschouwd (zoals een bedrijfsjurist of een vaste cliënt die geregeld dezelfde procedures voert). Zie J.-P. BUYLE, "Les connaissances et la compétence du client doivent atténuer la responsabilité de l'avocat" (noot onder Brussel 10 november 2006), *JLMB* 2008, (235) 236 en Bergen 26 januari 2002, *JLMB* 2003, 1671, noot J.-P. BUYLE.

<sup>44</sup> Luik 22 december 1998, *JLMB* 2000, 242; Rb. Huy 8 november 2001, *JLMB* 2003, 1659.

<sup>45</sup> J.-P. BUYLE, "L'avocat hors délai", (noot onder Brussel 8 mei 2001, Rb. Huy 8 november 2001 en Rb. Verviers 29 oktober 2002), *JLMB* 2003, (1667) 1670. Zie ook Rb. Verviers 8 november 2001, *JLMB* 2003, 1659 over de vernieuwing van een handelshuur.

<sup>46</sup> Brussel 10 november 2006, *JLMB* 2008, 229, noot J.-P. BUYLE en *RGAR* 2008, nr. 14366. In dezelfde zin Rb. Verviers 8 november 2001, *JLMB* 2003, 1662-1663.

noodzakelijk waren.<sup>47</sup> Hij moet dus niet alleen het bestaan van de verbintenis en het uitblijven van het resultaat aantonen, maar ook beschrijven wat "een goed huisvader" in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan.<sup>48</sup> Toch is die bewijsvoering niet onoverkomelijk. Aangezien het bijna steeds gaat om het bewijs van rechtsfeiten, kan dat geleverd worden door alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen.<sup>49</sup>

Een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 15 september 2008 is in dat opzicht vermeldenswaardig. Het aanvaardde dat de tekortkoming aan de plicht tot bijstand via een 'arrest' werd bewezen. Na een verloren procedure meende een cliënt dat zijn raadsman tekort was geschoten in de behartiging van zijn belangen tijdens de beroepsprocedure. Hij verweet zijn advocaat geen of minstens onvoldoende inlichtingen aan de beroepsrechters te hebben verschaft met betrekking tot de door hem gevorderde bedragen. Volgens het hof van beroep diende de advocaat als professioneel inderdaad te weten dat de vordering de nodige toelichtingen en verduidelijkingen moest bevatten opdat de rechter deze kon onderzoeken. In dat opzicht oordeelde het hof dat "een arrest" wel degelijk als bewijselement kon worden voorgelegd. Dat arrest stelde weliswaar geen fout vast in hoofde van de advocaat, maar bevatte wel de nodige informatie over de wijze waarop de advocaat de verdediging/eis van zijn cliënt had geleid.<sup>50</sup>

## B. Schending informatieverplichtingen

**15. Discussie onder invloed van Franse rechtspraak** – De informatieverplichting vormt één van de meest bediscussieerde middelenverbintenissen van de professionele beroepsbeoefenaar.<sup>51</sup> De bewijslast bij de schending van die plicht staat daarom ook regelmatig ter discussie. Het uitgangspunt is doorgaans dat de advocaat onvoldoende informatie heeft verstrekt (bijvoorbeeld over een bepaalde vordering die moest worden ingesteld), waardoor een aanzienlijke schade is ontstaan.<sup>52</sup> Wanneer de cliënt dan een schadevergoeding vordert, vormen zowel het bewijs van fout als van oorzakelijk verband een niet te onderschatten opdracht. Hij moet niet alleen aantonen dat hij niet voldoende is

---

<sup>47</sup> B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 93-95; H. GEENS, "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2007, (159) 165; O. MICHIELS, "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act.dr.* 1998, (363) 365; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, 67-68; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 179; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2009, 165-166; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 661.

<sup>48</sup> Brussel 16 mei 2002, *JLMB* 2003, 1673.

<sup>49</sup> Antwerpen 20 september 2010, *TBBR* 2012, 277.

<sup>50</sup> Antwerpen 15 september 2008, *TBBR* 2011, 221.

<sup>51</sup> Het Hof van Cassatie bevestigde in 2004 bij een geval van medische aansprakelijkheid dat een informatieverplichting een middelenverbintenis uitmaakt (Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN). In de context van de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat, zie onder andere Bergen 14 mei 2009, *JLMB* 2010, 1423; Brussel 16 mei 2002, *JLMB* 2003, 1673 en Vred. Luik 4 september 1998, *JLMB* 1999, 459, noot J.-P. BUYLE.

<sup>52</sup> J.-P. BUYLE, "Les risques du métier d'avocat liés au non respect des devoirs d'information, de conseil, de stratégie et de vigilance" in X (ed.), *Les risques du métier: Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2008, (81) 91, nr. 5.

ingelicht, maar ook dat hij een andere beslissing zou hebben genomen indien hij wel voldoende zou zijn geïnformeerd.<sup>53</sup>

De algemene regel dat de bewijslast – en dus het bewijsrisico<sup>54</sup> – van de tekortkoming aan een informatieverplichting op de cliënt rust, is onder invloed van de Franse rechtspraak onder druk komen te staan. Op 29 april 1997 besliste het Franse Hof van Cassatie dat het aan de advocaat toekomt om te bewijzen dat hij aan zijn bijzondere informatie- en adviesverplichting heeft voldaan. Aanleiding was een aansprakelijkheidsvordering voor een compleet zinloos hoger beroep dat manifest tegen de belangen van de cliënt inging. De bodemrechter oordeelde dat het aan de advocaat toekwam om te rechtvaardigen dat hij zijn cliënt had gewaarschuwd voor de voorzienbare risico's van dat hoger beroep. Volgens de advocaat legde de bodemrechter daarmee ten onrechte de bewijslast op hem. Het Franse Hof van Cassatie wees het middel af en oordeelde dat de bodemrechter enkel toepassing had gemaakt van art. 1315 C.C.<sup>55</sup>

**16. Navolging in het Belgische recht** - In de Belgische gepubliceerde rechtspraak is één zaak te vinden waarin het Franse cassatiearrest uitdrukkelijk navolging heeft gekregen. Een advocaat werd aansprakelijk gesteld omdat hij zijn cliënten niet had gewaarschuwd om tijdig een schadevergoedingsactie in te stellen tegen zijn voorganger. Als tegenargument voerde hij aan dat zijn cliënten eveneens op de hoogte waren van de beroepsfout van zijn voorganger en hem nooit een specifieke opdracht hadden gegeven (*cf.* randnr. 11). De rechtbank van eerste aanleg te Hoei overwoog in dezelfde bewoordingen als het Franse Hof van Cassatie dat de advocaat gehouden is tot een bijzondere informatie- en adviesverplichting. Bijgevolg moest hij de aandacht van zijn cliënten hebben gevestigd op het nut van een procedure tegen hun voormalig raadsman en de strikte termijnen daarvoor. Verwijzend naar het Franse Cassatiearrest van 29 april 1997 oordeelde de rechtbank dan ook dat het aan de advocaat toekwam om te bewijzen dat hij aan zijn informatie- en adviesverplichting had voldaan.<sup>56</sup>

**17. Kritische analyse** - In de voorgaande visie moet de informatiegerechtigde louter op basis van art. 1315, lid 1 BW aantonen dat de advocaat een bepaalde informatieplicht had. Daarna zou het aan die laatste toekomen om op basis van art. 1315, lid 2 BW het tenietgaan

<sup>53</sup> I. GIESEN en K. MAES, "Omgaan met bewijsnood bij vaststelling causaal verband", *NTBR* 2014/27, nr. 1; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 808, nr. 1278.

<sup>54</sup> B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 354; G. DE LEVAL, "Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile" in G. DE LEVAL (ed.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Luik, Anthemis, 2011, (26) 34; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2009, 162; P. VAN OMMEFLAGHE, *Les Obligations, III, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves in De Page: Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 2013, 2363.

<sup>55</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 29 april 1997, *Bull.civ.* 1997, I, n°132 en *RGAR* 1998, nr 12935. Het Franse Hof van Cassatie verwees niet specifiek naar art. 1315, tweede lid BW, maar doelde waarschijnlijk op de combinatie van het eerste en tweede lid. In dezelfde zin, maar over medische aansprakelijkheid: Cass. 25 februari 1997, *D.* 1997, 319, noot J. PENNEAU en *Rev.Trim.Dr.Civ.* 1997, 924, noot J. MESTRE.

<sup>56</sup> Rb. Huy 8 november 2001, *JLMB* 2003, 1659. Zie ook P. HOFSTRÖSSLER, "De verhoogde bewijswaarde van documenten voorbereid door de advocaat" in X (ed.), *De advocatenakte: colloquium 28 april 2005: referatenbundel*, Gent, Larcier, 2005, (43) 51, die ervan uitgaat dat de advocaat op basis van art. 1315, lid 2 BW het positieve bewijs moeten bijbrengen van het voldoen aan zijn informatieplicht.

van die verbintenis door de uitvoering ervan te bewijzen. Het kan in twijfel worden getrokken of die zienswijze juridisch-technisch de meest correcte is. Het tweede lid van art. 1315 BW vat aan met de term “omgekeerd”. Dat is een verwijzing naar het eerste lid dat handelt over de uitvoering van een verbintenis.<sup>57</sup> Via een aansprakelijkheidsprocedure vordert een partij echter niet de uitvoering, maar wel een schadevergoeding voor een tekortkoming daaraan. Bijgevolg is het ook geen volledig correcte redenering om de bewijslast op basis van art. 1315, lid 2 BW op de advocaat te laten rusten.<sup>58</sup> Bovendien waarschuwen bepaalde auteurs ervoor dat het veralgemenen van die zienswijze het volledige systeem van aansprakelijkheid bij middelenverbintenissen op zijn kop zou zetten (*cf.* randnr. 7). De fout zou altijd vermoed worden. Het zou steeds aan de verwerende partij toekomen om te bewijzen dat zij zich als een goed huisvader heeft gedragen.<sup>59</sup>

Daarom mag worden aangenomen dat het toekennen van de bewijslast aan de advocaat een verborgen beleidskeuze was van het Franse Hof van Cassatie. Het getuigt van een toenemende strengheid ten opzichte van bepaalde professionelen.<sup>60</sup> De Belgische hoven en rechtbanken lijken – met uitzondering van het hierboven besproken vonnis – die beleidskeuze voorsnog niet te volgen.<sup>61</sup>

**18. Het voldoen aan de bewijslast** - Ten slotte rijst de vraag hoe een cliënt aan de op hem rustende bewijslast kan voldoen. Hoewel de communicatie tussen advocaten en cliënten-rechtspersonen steeds meer schriftelijk verloopt, is dat bij particulieren vaak het omgekeerde. Het merendeel van de zaken wordt telefonisch of in het kantoor van de advocaat afgehandeld.<sup>62</sup> Aangezien de advocaat niet verplicht is om nota te nemen tijdens consultaties en de cliënt de ontvangst van informatie ook niet hoeft te bevestigen, gebeurt het vaak dat er gewoonweg geen bewijs voorhanden is.<sup>63</sup> Dat is ook de reden waarom de bewijslast- en bewijsrisicoverdeling zo bediscussieerd is bij de informatieverplichtingen van een professioneel.

<sup>57</sup> In dezelfde zin F. CHABAS, "La preuve de l'information en matière médicale" in C. PUIGELIER (ed.), *La Preuve*, Paris, Economica, 2004, (6) 9.

<sup>58</sup> *Contra* MOURALIS die wel meent dat dit een exacte lezing van art. 1315 BW is, omdat dit artikel op geen enkel moment het bewijs van de niet-uitvoering op de schadelijder legt (zie J.-L. MOURALIS, *v° Preuve, Rép.pr. civ. Dalloz*, 2011, nr. 80).

<sup>59</sup> F. CHABAS, "La preuve de l'information en matière médicale" in C. PUIGELIER (ed.), *La Preuve*, Paris, Economica, 2004, (6) 9; X. DIEUX en J.-Q. DE CUYPER, "Questions de responsabilité civile en matière de bancassurfinance" in J.-L. FAGNART (ed.), *Bancassurfinance*, Brussel, Bruylant, 2005, (183) 189, nr. 6.

<sup>60</sup> F. FERRAND, *v° Preuve, Rép.pr. civ. Dalloz*, 2006, nr. 146; G. GOUBEUX en P. BIHR, *v° Preuve, Rép.pr. civ. Dalloz*, 1979, nr. 142.

<sup>61</sup> Rb. Charleroi 20 november 2008, *JLMB* 2009, 1435; Brussel 16 mei 2002, *JLMB* 2003, 1673. Zie ook J.-P. BUYLE, "Devoir d'information en matière de tiers payant et charge de la preuve", (noot onder Rb. Charleroi 20 november 2008), *JLMB* 2009, (1438) 1438.

<sup>62</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 28, nr. 26.

<sup>63</sup> In een enkele zaak oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen dat advocaten hun cliënten wel aangetekend aanschrijven wanneer zij met zekerheid moeten kunnen aantonen dat zij hun iets belangrijks hebben meegedeeld (Rb. Antwerpen 22 november 2001, *TBBR* 2004, 148). Daarnaast overwegen HENRY en DEPUYDT dat een voorzichtig advocaat toch beter het schriftelijke bewijsmateriaal van de naleving van een informatieverplichting bewaart (P. HENRY en P. DEPUYDT, "De advocatenakte: vooral een mooie overwinning, maar wat met de beroepsaansprakelijkheid", *Ad Rem* 2013, afl. 3, 33).

Bijgevolg lijkt het noodzakelijk dat de rechter een zekere soepelheid aan de dag legt tijdens de bewijswaardering bij procedures over schendingen van informatieplichten. Toch leert een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Charleroi dat iedere tekortkoming aan de advies- en informatieplicht met de nodige graad van zekerheid moet worden aangetoond. De advocaat kan niet aansprakelijk worden gesteld op de enkele bewering van zijn cliënt, behalve indien ernstige elementen zijn versie van de feiten voldoende aannemelijk maken.<sup>64</sup>

### §3. Verhoogde aansprakelijkheid door ondertekening advocatenakte

**19. Principe** - Het systeem van de advocatenakte, ingevoerd door de wet van 29 april 2013, bestaat erin dat partijen een onderhandse akte afsluiten en die laten medeondertekenen door hun raadsman. Elke partij met een onderscheiden belang moet door een andere advocaat worden bijgestaan (art. 2, lid 2 wet 29 april 2013). De advocatenakte levert een volledig bewijs op van het geschrift en de handtekening van de betrokkenen. Waar partijen bij een gewone onderhandse akte hun handtekening kunnen ontkennen of verklaren die van hun rechtsvoorganger niet te kennen (art. 1323 BW), kan een advocatenakte enkel worden betwist door middel van een valsheidsprocedure (art. 2, lid 3 wet 29 april 2013). Daarnaast zouden partijen niet meer kunnen inroepen dat het *instrumentum* is aangetast omwille van een schending van de bij wet opgelegde handgeschreven vermeldingen (art. 4 wet 29 april 2013).

**20. Discussie over verhoogde aansprakelijkheid** – Bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet is er in de rechtsleer een debat ontstaan over de mogelijke verhoogde aansprakelijkheid door het ondertekenen van een advocatenakte. De discussie vindt zijn oorsprong in de parlementaire voorbereiding van de wet van 29 april 2013.<sup>65</sup> De onmiddellijke aanleiding was artikel 3 van de wet: “*door de akte mede te ondertekenen, verklaart de advocaat dat hij de partij of partijen die hij bijstaat, volledig heeft ingelicht over de rechtsgevolgen van die akte. Zulks wordt in de akte vermeld.*”

Aangezien die bepaling eerder vaag is opgesteld en niet verduidelijkt over welke rechtsgevolgen het gaat, houdt een deel van de rechtsleer er rekening mee dat de advocaat een belang krijgt om zijn handtekening te weigeren. Op die manier kan hij zich voor een aansprakelijkheidsclaim indekken.<sup>66</sup> Een ander deel van de rechtsleer meent daarentegen dat die vermelding juist een vermoeden van de uitvoering van zijn informatieverplichting inhoudt. Daardoor kan de ondertekening door de cliënt als een erkenning van de naleving van die verplichting worden beschouwd.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Rb. Charleroi 20 november 2008, *JLMB* 2009, 1435.

<sup>65</sup> *Hand.* Kamer 2012-13, 4 januari 2013, nr. 1498-005, 24-25; Amendement (C. Brotcorne *et al.*) betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 1498/004, 3.

<sup>66</sup> S. ROELAND, “De onderhandse akte die is medeondertekend door de advocaten van de partijen: een karakterschets”, *T.Not.* 2013, (595) 601; B. SAMYN, “Bewijs & verjaring: recente wetgeving” in X (ed.), *Bewijsrecht - Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, (37) 40; B. SAMYN, “Treedt advocatenakte in concurrentie met notariële en deurwaardersakte?”, *Juristenkrant* 2013, afl. 264, (6) 7.

<sup>67</sup> J. FONTEYN, “L’acte sous seing privé contresigné par les avocats des parties”, *Rev.not.b.* 2013, (584) 594; P. HENRY en P. DEPUYDT, “De advocatenakte: vooral een mooie overwinning, maar wat met de

**21. Eigen stellingname** - Misschien moeten we de tussenpositie innemen dat het ondertekenen van een advocatenakte niet *ipso facto* een hoger aansprakelijkheidsrisico met zich meebrengt. Wel zou het onder bepaalde omstandigheden een eenvoudigere opdracht zijn voor de cliënt om een tekortkoming van zijn advocaat te bewijzen.

Hoewel art. 3 letterlijk spreekt over de rechtsgevolgen van de akte (het *instrumentum*), mogen we er toch vanuit gaan dat daarmee de aangegane verbintenissen worden bedoeld (het *negotium*).<sup>68</sup> Dat is logisch, want ook wanneer de advocaat zijn cliënt bijstaat bij het opstellen of ondertekenen van een gewone akte, heeft hij een plicht tot voorlichting en advies.<sup>69</sup> De invulling van die plicht is weliswaar afhankelijk van de opgenomen taak (redactie/nazicht van de akte), maar in ieder geval mag ze niet al te beperkt worden ingevuld.<sup>70</sup> Niets doet dus uitschijnen dat dit anders zou zijn bij de advocatenakte. Bijgevolg zou art. 3 van wet 29 april 2013 als een wettelijke bevestiging van de voorlichtingsplicht van de advocaat kunnen worden beschouwd.

Het verschil met andere akten is dat het bij de advocatenakte makkelijker is voor de cliënt om de betrokkenheid van de advocaat aan te tonen. Wanneer een advocaat advies heeft verleend bij het opstellen of ondertekenen van een akte, is het vaak niet eenvoudig voor de cliënt om de omvang van de betrokkenheid van de advocaat en dus ook zijn aansprakelijkheid aan te tonen.<sup>71</sup> Nu prijkt de handtekening van de advocaat op de akte zelf. Wanneer de overeenkomst dan wordt vernietigd voor een reden die voortvloeit uit de akte (bijvoorbeeld tegen wet van dwingend recht of openbare orde)<sup>72</sup> of het duidelijk is dat de overeenkomst onvoldoende zekerheid tot daadwerkelijke uitvoering bood<sup>73</sup>, zal een advocaat zijn aansprakelijkheid niet meer kunnen ontlopen. Hetzelfde geldt wanneer de identiteit of handtekening van de partijen achteraf toch blijken vals te zijn.<sup>74</sup>

### Afdeling 3. De verjaring

---

beroepsaansprakelijkheid?", *Ad Rem* 2013, afl. 5, (32) 33. Zie Y. KEVERS, "L'acte avocat", *JT* 2013, (357) 361, nr. 24 die het onderscheid maakt tussen de gevolgen ten aanzien van derden en die tussen de partijen.

<sup>68</sup> *Hand.* Kamer 2012-13, 4 januari 2013, nr. 53-1498/005, 10.

<sup>69</sup> Rechtspraak: Brussel 12 maart 2002, *JT* 2003, 582 en *RGAR* 2004, nr. 13810; Vred. Luik 4 september 1998, *JLMB* 1999, 459, noot J.-P. BUYLE. Rechtsleer: J.-P. BUYLE, "Le conseil efficace" (noot onder Vred. Luik 4 september 1998), *JLMB* 1999, (466) 466; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 193, nr. 237 en 195, nr. 239; P. HOFSTRÖSSLER, "De verhoogde bewijswaarde van documenten voorbereid door de advocaat" in X (ed.), *De advocatenakte: colloquium 28 april 2005: referatenbundel*, Gent, Larcier, 2005, (43) 51;

<sup>70</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gent, Larcier, 2006, 193, nr. 237 en 195, nr. 239; P. HENRY en P. DEPUYDT, "De advocatenakte: vooral een mooie overwinning, maar wat met de beroepsaansprakelijkheid?", *Ad Rem* 2013, afl. 3, 33.

<sup>71</sup> Y. KEVERS, "L'acte avocat", *JT* 2013, (357) 361, nr. 24. Een nuancering is natuurlijk wanneer het advies elektronisch is gebeurd en de advocaat via *trackchanges* aan een digitaal document gewerkt heeft, maar dat is niet steeds het geval (*cf.* randnr. 18).

<sup>72</sup> Y. KEVERS, "L'acte avocat", *JT* 2013, 361, nr. 24.

<sup>73</sup> P. HOFSTRÖSSLER, "De verhoogde bewijswaarde van documenten voorbereid door de advocaat" in X (ed.), *De advocatenakte: colloquium 28 april 2005: referatenbundel*, Gent, Larcier, 2005, (43) 51.

<sup>74</sup> P. HENRY en P. DEPUYDT, "De advocatenakte: vooral een mooie overwinning, maar wat met de beroepsaansprakelijkheid?", *Ad Rem* 2013, afl. 3, 33. Dat is het paradoxale aan de advocatenakte: ze levert volledig bewijs op van het geschrift en de handtekening van de betrokken partijen, maar bevat niet de uitdrukkelijke verplichting voor de advocaat om de identiteit en handtekening te controleren.

**22. Inleiding** - Zoals elke vordering is ook de aansprakelijkheidsvordering tegen een advocaat onderworpen aan een verjaringstermijn. Het Burgerlijk Wetboek heeft hiervoor in artikel 2276*bis* BW een bijzondere regeling opgenomen. In een eerste onderdeel focussen we ons op de draagwijdte van deze specifieke bepaling. Geldt deze bijzondere verjaringstermijn ook in geval van buitencontractuele aansprakelijkheid of is in dit geval het gemeenrechtelijk verjaringsregime van toepassing? (§1) Vervolgens worden de knelpunten omtrent het aanvangspunt van de termijn behandeld. Waaruit bestaat de taak van een advocaat? Wanneer wordt ze als beëindigd beschouwd? (§2) In een laatste onderdeel komt de problematiek van de stuiting, schorsing en afstand aan bod (§3).

### §1. De vijfjarige termijn

**23. Principe** – Sinds 1985<sup>75</sup> zijn de advocaten krachtens artikel 2276*bis*, §1 BW ontlast van hun beroepsaansprakelijkheid en zijn zij niet meer verantwoordelijk voor de bewaring van de stukken vijf jaar na het beëindigen van hun taak. Deze verjaringstermijn is krachtens hetzelfde artikel niet van toepassing wanneer de advocaat uitdrukkelijk met het bewaren van bepaalde stukken werd belast.

**24. Draagwijdte** - In de praktijk bestaat discussie over de draagwijdte van dit artikel. Is de bijzondere vijfjarige verjaringstermijn ook van toepassing in geval van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de advocaat<sup>76</sup> of geldt in dit geval de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van artikel 2262*bis* BW? De bedoeling van de wetgever is niet helemaal duidelijk, aangezien de wettekst in algemene bewoordingen is opgesteld. De tweede optie lijkt ons het meest vanzelfsprekend en wordt door de meeste andere auteurs ook vooropgesteld.<sup>77</sup> De beëindiging van de beroepstaak kan namelijk niet als een relevant criterium worden beschouwd om de aanvangsdatum te bepalen in geval van een buitencontractuele aansprakelijkheid.<sup>78</sup>

De verjaringstermijn in het kader van de contractuele aansprakelijkheid begint dus volgens artikel 2276*bis* BW te lopen vanaf de taakbeëindiging. De buitencontractuele

<sup>75</sup> Wet van 8 augustus 1985 betreffende de verjaring van de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat en de bewaring van het archief, *BS* 14 september 1985.

<sup>76</sup> In deze zin: I. CLAEYS, “Het gelijkheidsbeginsel en de bijzondere verjaringsregeling voor de beroepsaansprakelijkheid van advocaten” (noot onder Arbitragehof 30 oktober 2001), *RW* 2001-02, 1501; R.O. DALCQ, “La responsabilité civile de l’avocat. Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine” in E. JAKHIAN (ed.), *La responsabilité des avocats*, Brussel, Jeune Barreau de Bruxelles, 1992, 103 en P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 237-238.

<sup>77</sup> In die zin: S. HOUX, “Nouvelles dispositions anti-abus et responsabilité de l’avocat conseiller fiscal” in X. (ed.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Limal, Anthemis, 2013, 311; C. MELOTTE, “La responsabilité professionnelle des avocats” in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 38; A. PUTTEMANS en L. BARNICH, “La responsabilité des professionnels du droit en Belgique” in X. (ed.), *Les professions juridiques: journées Cambodge-Vietnam*, Brussel, Bruylant, 2012, 642; J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 779 en J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, “Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat. Enkele bedenkingen” in X. (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, 441.

<sup>78</sup> H. VANDENBERGHE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *TPR* 2010, 1944 en J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, “Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat. Enkele bedenkingen” in X. (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, 441.

verjaringstermijn daarentegen loopt vanaf het ogenblik dat men kennis heeft van de onrechtmatige daad door de advocaat en van de veroorzaakte schade. Dit verschil in behandeling tussen personen die een vordering tegen een advocaat instellen op basis van de contractuele beroepsaansprakelijkheid enerzijds en personen die een vordering instellen in contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid volgens de gemeenrechtelijke regeling anderzijds, werd tevergeefs aangeklaagd voor het toenmalige Arbitragehof. Dit Hof oordeelde dat de artikelen 2276*bis* en 2262*bis* BW niet in samenhang kunnen worden gelezen. Het ene artikel sluit namelijk de toepassing van het andere uit en de algemene bepaling kan niet worden toegepast aangezien de bijzondere bepaling van artikel 2276*bis* BW geldt bij een aansprakelijkheidsvordering tegen de advocaat. Het artikel 2276*bis* BW werd dus niet als strijdig beschouwd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in de mate dat deze bepaling in een andere regeling voorzag dan het gemeenrechtelijk verjaringsregime van artikel 2262*bis* BW.<sup>79</sup>

## §2. Het aanvangspunt

**25. Principe** - De vijfjarige verjaringstermijn neemt een aanvang vanaf het ogenblik dat de advocaat zijn taak heeft beëindigd en dus niet vanaf de dag waarop de fout werd begaan.<sup>80</sup> Bijgevolg rijst de vraag wat eigenlijk begrepen moet worden onder “taak” en onder “de beëindiging” ervan. Zoals hieronder uiteengezet wordt, blijkt het antwoord op deze vragen alles behalve eenduidig.

**26. De taak** - Volgens DEPUYDT is de in aanmerking te nemen taak “*deze in het kader waarvan de aansprakelijkheid in opspraak wordt gebracht*”. Het betreft hier de “globale taak” en niet één van de “deeltaken” die een advocaat volbrengt in het kader van de verdediging van zijn cliënt.<sup>81</sup>

Een advocaat wordt veelal geraadpleegd naar aanleiding van een concreet probleem. De cliënt is meestal niet op de hoogte van de verschillende juridische aspecten die de zaak kenmerken en zal dus zelden aan de advocaat de opdracht geven om enkel maar een bepaald deelaspect van het probleem voor zijn rekening te nemen. Zolang de advocaat hetzelfde concreet probleem behandelt, gaat het om dezelfde taak.<sup>82</sup> Wanneer een cliënt zijn advocaat laat weten dat hij zijn tussenkomst als beëindigd moet beschouwen maar tegelijkertijd nog een aantal

<sup>79</sup> Arbitragehof 30 oktober 2001, Arr. GwH 2001, 1839, *Juristenkrant* 2001, afl. 39, 1, JT 2002, 152, JLMB 2002, 92, RW 2001-02, 1497, noot I. CLAEYS en TBBR 2002, 114; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 235-236 en C. MELOTTE, “La responsabilité professionnelle des avocats” in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 38-39.

<sup>80</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 238; C. MELOTTE, “La responsabilité professionnelle des avocats” in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 41 en J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 779.

<sup>81</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 244.

<sup>82</sup> Rb. Hasselt 21 januari 2002, A.R. nr. 99.387.A., onuitg., aangehaald door P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 244.



bijkomende handelingen vraagt, maken deze handelingen deel uit van de oorspronkelijke taak, zodat de verjaring pas begint te lopen na het vervullen van deze bijkomende opdrachten.<sup>83</sup>

Wanneer een cliënt daarentegen een tweede advocaat raadpleegt om de eerste advocaat te vervangen, neemt de taak van de eerste advocaat een einde en begint de verjaringstermijn te lopen. Indien de cliënt vervolgens voor dezelfde zaak opnieuw een beroep doet op de diensten van de eerste advocaat, omdat hij niet tevreden is over het werk dat de opvolger verricht, is er sprake van een nieuwe taak in hoofde van de eerste advocaat.<sup>84</sup> Dezelfde oplossing geldt indien de cliënt zijn advocaat na de beëindiging van zijn oorspronkelijke taak opnieuw aanspreekt in het kader van dezelfde zaak maar ingevolge nieuwe problemen. De verjaringstermijn zal een aanvang hebben genomen na de beëindiging van zijn eerste tussenkomst.<sup>85</sup>

**27. De taakbeëindiging** - Een eenduidig antwoord op de vraag wanneer de advocaat zijn taak heeft beëindigd, bestaat er evenmin. Dit zal geval per geval op grond van objectieve gegevens door de rechter moeten worden vastgesteld.<sup>86</sup> Enkele voorbeelden waaruit het einde van het mandaat reeds afgeleid werd, zijn de toezending van de eindstaat van kosten en erelonen<sup>87</sup>, de opvolging door een confrater vanaf de formele kennisgeving ervan door deze confrater aan de eerste advocaat<sup>88</sup>, het overlijden van de advocaat<sup>89</sup> of het verlaten van de balie, een formele kennisgeving via (elektronische) briefwisseling<sup>90</sup> en de terugzending naar de cliënt van stavings- en procedurestukken.<sup>91</sup>

Dat geen van deze momenten heiligmakend is en dat er geval per geval geoordeeld moet worden, blijkt uit een arrest van het hof van beroep te Luik, dat later verbroken werd door het

<sup>83</sup> Cass. 29 april 2005, *Arr. Cass.* 2005, 968, *Pas.* 2005, 968 en *RW* 2007-08, 20, noot en P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 244.

<sup>84</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 244 en C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 40.

<sup>85</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 244.

<sup>86</sup> *Parl. St.* Kamer 1984-85, nr. 1186/1, 2; *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 836/1; *Parl. St.* Kamer 1984/85, nr. 1246/2 en C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 39.

<sup>87</sup> Rb. Antwerpen 6 december 2001, *TBBR* 2004, 154.

<sup>88</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 245 en C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 40. Zie ook Brussel 18 oktober 2007, *JLMB* 2008, 239 en *RGAR* 2008, nr. 14447: De beëindiging van de opdracht van een advocaat, houdt in dat de advocaat die wordt opgevolgd door een confrater minstens kennis heeft van de beslissing van zijn cliënt. Het beginpunt van deze verjaring kan niet enkel afhangen van de strikt persoonlijke beslissing van de cliënt om van advocaat te veranderen, wat niet geweten is door de vorige advocaat.

<sup>89</sup> P. DEPUYDT, "De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen" in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 170 en C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 39.

<sup>90</sup> Brussel 24 februari 2003, *RABG* 2005, 34, noot H. SPRIET en C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 41.

<sup>91</sup> V. COIGNEZ, "Deel 10. De aansprakelijkheid van de advocaat" in X. (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer 2013, 415; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 239 en C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 40.

Hof van Cassatie. Het hof van beroep te Luik oordeelde dat de taak van de advocaat beëindigd werd, niet de dag waarop de cliënt de beslissing had meegedeeld aan de advocaat, maar wel de dag waarop de cliënt een brief ontvangen had met de boodschap dat de advocaat het dossier terug ter hunner beschikking hield.<sup>92</sup> Dit arrest werd nadien terecht verbroken door het Hof van Cassatie. Volgens het Hof moest de beëindiging gesitueerd worden op het ogenblik dat de cliënt zijn wil om de samenwerking te beëindigen ondubbelzinnig meegedeeld had aan zijn raadsman. Het tijdstip van de terugzending van het dossier valt niet noodzakelijk samen met het ogenblik van beëindiging van de taak en kan eventueel nadien nog plaatsvinden.<sup>93</sup>

In 2005 heeft het Hof van Cassatie dit nogmaals bevestigd. Het mandaat van de advocaat neemt een einde indien de cliënt op ondubbelzinnige wijze een einde stelt aan zijn mandaat, ook al worden nadien nog handelingen gesteld ingevolge die beëindiging.<sup>94</sup> De terugzending naar de cliënt van de overhandigde stukken of het versturen van de eindstaat van kosten en erelonen zou dus niet langer het startpunt van de verjaringstermijn uitmaken, maar zou enkel beschouwd worden als een gevolg van de taakbeëindiging. Bovendien komt het zelfs voor dat er geen dossier wordt teruggezonden of dat er geen enkele eindstaat wordt opgesteld, bijvoorbeeld wanneer er gewerkt werd met een periodiek forfait of indien de reeds ontvangen provisies de kosten en erelonen volledig dekken.<sup>95</sup>

Het hof van beroep te Luik heeft zich na het verbrekingsarrest van 20 maart 2003 bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie aangesloten. In een arrest van 21 oktober 2010 werd expliciet benadrukt dat de verjaringstermijn geen aanvang neemt vanaf het ogenblik dat de cliënt kennis heeft van de schade, maar wel vanaf het moment dat de cliënt ondubbelzinnig een einde stelt aan het mandaat en de gedupeerde advocaat hiervan kennis heeft gekregen. *In casu* vroeg een opvolgende confrater per brief aan de nalatige advocaat om het dossier van de cliënt aan hem over te maken. Bij gebrek aan enig antwoord hierop, besloot de cliënt het dossier persoonlijk te gaan ophalen. Het hof oordeelde dat de verjaringstermijn een aanvang genomen had op de dag van het vermoedelijk ontvangst van de vraag omtrent de dossieroverdracht. Dit ogenblik werd geacht twee dagen na de verzending van de brief te zijn. In elk geval zou de advocaat de nodige kennis gehad hebben op de dag dat cliënt persoonlijk het advocatenkantoor kwam binnen wandelen. Het argument dat de eerste advocaat geen ereloon gevorderd had, deed hieraan geen afbreuk. De toezending van de eindstaat van kosten en erelonen was namelijk een gevolg van de beëindiging en kan niet aanzien worden als de taakbeëindiging zelf.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> Luik 30 oktober 2001, *JLMB* 2003, 334 en *RRD* 2001, 416 en H. VANDENBERGHE, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", *TPR* 2010, 1943.

<sup>93</sup> Cass. 20 maart 2003, *Arr. Cass.* 2003, 683, *Juristenkrant* 2003, afl. 70, 9, *JLMB* 2003, 672, *Pas.* 2003, 574, *RABG* 2005, 25, noot H. SPRIET, *RW* 2005-06, 1337 en *P&B* 2003, 245 en H. VANDENBERGHE, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", *TPR* 2010, 1944.

<sup>94</sup> Cass. 29 april 2005, *Arr. Cass.* 2005, 968, *Pas.* 2005, 968 en *RW* 2007-08, 20, noot.

<sup>95</sup> C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 40-41 en P. DEPUYDT, "De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen" in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 170-171.

<sup>96</sup> Luik 21 oktober 2010, *JT* 2011, 168.

Ook in een arrest van het hof van beroep te Bergen van 16 maart 2010 werden bovenstaande principes correct toegepast.<sup>97</sup> Een advocaat X. werd aangesteld om een aansprakelijkheidsclaim in te stellen tegen een eerste advocaat, Z, aangezien deze een vordering tot vernieuwing van een handelshuurovereenkomst had laten verjaren. Op 31 mei 1991 liet advocaat X aan zijn voorganger weten dat zijn cliënten hem zouden dagvaarden. Bij een vonnis van 15 september 1992 werden de gevolgen van de fout van advocaat Z pas echt duidelijk aangezien de onmogelijkheid om een handelshuurhernieuwing te bekomen door de rechter toen definitief werd bevestigd. Uiteindelijk werd advocaat Z op 8 september 1997 gedagvaard. Het hof van beroep te Bergen oordeelde in de aansprakelijkheidszaak tegen advocaat X dat ook hij de verjaringstermijn had laten verstrijken. De taak van advocaat Z was namelijk beëindigd op het ogenblik dat hij op 31 mei 1991 het bericht kreeg dat X hem zou opvolgen. Het vonnis van 15 september 1992 veranderde hier niets aan aangezien de verjaringstermijn geen aanvang neemt op het ogenblik dat de fout of de schade zeker is.<sup>98</sup>

Zeer recent heeft ook het hof van beroep te Brussel bovenstaande theorie correct toegepast. Een weduwe en haar zoon trachtten na het overlijden van de echtgenoot-vader in een verkeersongeval de uitbetaling van een verzekeringssaldo te bekomen. Hun advocaat liet echter op 13 mei 1994 weten dat de verzekeraar weigerde uit te betalen en maande de weduwe vervolgens aan geduld uit te oefenen terwijl het dossier behandeld zou worden. Op 3 juni 1999 informeerde zij naar de stand van zaken, maar deze brief bleef onbeantwoord. Op 16 januari 2001 vroeg de weduwe het dossier aan haar te overhandigen, aangezien zij besloten had haar belangen door een andere advocaat te laten waarnemen. Wegens gebrek aan antwoord, werd ook door de nieuwe raadsman op 5 februari en 23 maart 2001 gevraagd het dossier aan hem te overhandigen. Uiteindelijk werd op 7 juni 2002 de advocaat gedagvaard op basis van zijn beroepsaansprakelijkheid. Naar aanleiding van een discussie over de verjaring, oordeelde het hof dat uit bovenstaand eenzijdig e-mailverkeer blijkt dat de taak van de advocaat beëindigd werd op 16 januari 2001, de dag waarop de weduwe ondubbelzinnig liet weten een nieuwe advocaat te hebben aangenomen voor de behartiging van haar belangen.<sup>99</sup>

Dezelfde redenering gaat op indien de advocaat zelf, en niet de cliënt, een einde maakt aan zijn taak omdat hij de belangen van zijn cliënt niet meer in alle objectiviteit kan verdedigen. Indien een voorafgaande taakbeëindiging bewezen wordt, doet de datum waarop de eindstaat werd verstuurd of het dossier werd teruggegeven, niet ter zake. Zo moest het hof van beroep te Gent zich op 27 oktober 2000 uitspreken over de verjaring nadat de advocaat zelf eenzijdig zijn taak beëindigd had bij brief van 15 april 1992. Veertien dagen later, op 29 april stelde de cliënte een nieuwe advocaat aan. Bij een brief van 2 juni werd het dossier overhandigd aan de opvolger, met de staat van kosten en erelonen erbij. Het hof oordeelde terecht dat de vordering wegens beroepsaansprakelijkheid, ingesteld op 30 mei 1997, verjaard was. De toezending van de staat van kosten en erelonen dient namelijk slechts als een gevolg van de

<sup>97</sup> Bergen 16 maart 2010, *JLMB* 2010, 1429.

<sup>98</sup> Dit had tot gevolg dat de rechter zich over een dubbel verlies van een kans moest buigen. Hoe de begroting van de schadevergoeding hierdoor beïnvloed werd, komt in Afdeling 5 aan uitgebreid aan bod.

<sup>99</sup> Brussel 20 mei 2014, *RGAR* 2014, nr. 15104, noot F. GLANSDORFF.

taakbeëindiging te worden beschouwd. De verjaringstermijn neemt reeds een aanvang vanaf het ogenblik dat de lastgeving uitdrukkelijk wordt opgezegd.<sup>100</sup>

Uit bovenstaande voorbeelden blijkt dat het bepalen van de taakbeëindiging geen sinecure is. De rechtspraak situeert dit moment doorgaans op het ogenblik waarop de advocaat of de cliënt kennis heeft gekregen van de beslissing van de wederpartij om een einde te stellen aan de taak van de advocaat. Wanneer dit ogenblik zich exact voordoet, is een feitenkwestie en moet door elke rechter afzonderlijk worden beoordeeld. Bijgevolg doet elke advocaat er goed aan om zo formeel mogelijk het eindpunt van de samenwerking vast te (laten) leggen om latere discussies voor de rechtbank te vermijden. Bij het opwerpen van de verjaringsexceptie, zal hij namelijk met behulp van bewijselementen uit het dossier de volgens hem relevante datum van de taakbeëindiging moeten aantonen.<sup>101</sup>

### §3. Stuiting, schorsing en afstand van verjaring

**28. Stuiting** - De verjaringstermijn kan worden gestuit of geschorst in de gevallen van artikelen 2244-2259 BW. Zo vormt een erkenning van aansprakelijkheid door de advocaat volgens artikel 2248 BW een stuitingsdaad. Een louter stilzwijgen<sup>102</sup>, een onderhandeling, een gesprek met de cliënt, een aangifte van het schadegeval door de advocaat aan zijn verzekeraar<sup>103</sup>, een poging tot minnelijke regeling<sup>104</sup> of het uitblijven van een vraag naar erelonen<sup>105</sup> mogen echter niet aanzien worden als een erkenning van aansprakelijkheid en dus als daad van stuiting. Andere voorbeelden van stuitingsdaden zijn een dagvaarding voor het gerecht (art. 2244 BW) en het instellen van een vordering bij proces-verbaal van vrijwillige verschijning. De dag waarop de akte van rechtspleging door de rechter wordt opgesteld naar aanleiding van de verschijning van de partijen ter zitting geldt dan als stuitingsdag. Op dit ogenblik wordt de eis namelijk definitief aanhangig gemaakt. Een voorbereidende akte die partijen onderling kunnen opstellen en kunnen ondertekenen is dus onvoldoende om de verjaring te stuiten.<sup>106</sup>

**29. Schorsing** - Partijen kunnen onderling ook in een schorsing van de verjaringstermijn voorzien om te vermijden dat ten bewarenden titel een vordering moet worden ingesteld tegen de advocaat die niet meer optreedt in de bodemprocedure. De uiteindelijke uitspraak kan immers nog jaren op zich laten wachten en vaak wordt pas na de definitieve beslechting van de zaak duidelijk of de advocaat al dan niet een beroepsfout gemaakt heeft. De vijfjarige verjaringstermijn wordt in dergelijke situaties meestal geschorst tot de afloop van de bodemprocedure.<sup>107</sup>

<sup>100</sup> Gent 27 oktober 2000, *TGR* 2001, 7.

<sup>101</sup> P. DEPUYDT, "De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen" in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 171.

<sup>102</sup> Luik 21 oktober 2010, *JT* 2011, 168.

<sup>103</sup> Luik 21 oktober 2010, *JT* 2011, 168.

<sup>104</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 250.

<sup>105</sup> Luik 21 oktober 2010, *JT* 2011, 168.

<sup>106</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 250.

<sup>107</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 251.

**30. Afstand** - Tot slot kan de advocaat uitdrukkelijk of door middel van een omstandig stilzwijgen afstand doen van een verkregen verjaring. Afstand wordt niet vermoed. Een duidelijke wilsuitering is bijgevolg vereist.<sup>108</sup> Het louter vrijwillig verschijnen voor de aansprakelijkheidsrechter kan niet beschouwd worden als een afstand van verjaring.<sup>109</sup> Elke partij heeft immers het recht om zich voor de rechtbank te verdedigen, zodat een verschijning niet automatisch aanzien kan worden als afstand.

#### Afdeling 4. De verlies van een kans-leer

**31. Principe** – Zoals hoger werd aangehaald (*cf.* randnr. 3), wordt in het algemeen aanvaard dat de rechtsverhouding tussen een advocaat en zijn cliënt van contractuele aard is. Dat heeft tot gevolg dat bij een wanprestatie door de advocaat de artikelen 1149 e.v. BW van toepassing zijn. Zowel het geleden verlies als de gederfde winst komen voor schadevergoeding in aanmerking.

Om dergelijke vergoeding te kunnen bekomen, moet de cliënt ook de schadecomponent van zijn aansprakelijkheidsclaim bewijzen. Dat was vroeger geen sinecure. De cliënt diende aan te tonen dat zijn schade “zeker” was. De vraag stelde zich of een formele fout van de advocaat ten gevolge waarvan een vordering of rechtsmiddel onontvankelijk of ontoelaatbaar werd verklaard, wel zekere schade tot gevolg had. Het was namelijk niet met zekerheid te achterhalen hoe de rechter zou hebben geoordeeld indien hij zich over de vordering of het middel had moeten uitspreken. Om aan deze problematiek tegemoet te komen, baseert de rechtspraak en rechtsleer zich op het leerstuk van verlies van een kans. In dat geval is het onzeker wat de uitkomst zou zijn geweest indien de vordering of het rechtsmiddel tijdig werd ingesteld. Het is daarentegen wel zeker dat de cliënt een kans op succes of hervorming heeft verloren, wat ervoor zorgt dat er sprake is van een zekere en dus vergoedbare schade.<sup>110</sup>

In een eerste onderdeel worden de voorwaarden voor vergoedbaarheid van een verlies van een kans op een rij gezet (§1). Vervolgens zal dieper worden ingegaan op de begroting van de schadevergoeding, waarbij ook de nodige aandacht zal worden besteed aan de hypothese van verlies van opeenvolgende kansen (§2) Tot slot behandelen wij de rol die de rechter en de betrokken advocaat bij de beoordeling van het kansverlies idealiter zouden moeten spelen (§3).

#### §1. De voorwaarden

<sup>108</sup> Luik 21 oktober 2010, *JT* 2011, 168.

<sup>109</sup> Rb. Gent 10 september 2004, A.R. nr. 98/1879/A, onuitg., aangehaald door P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 251.

<sup>110</sup> V. COIGNEZ, “Deel 10. De aansprakelijkheid van de advocaat” in X. (ed.), *Handboek voor de advocaatstagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer 2013, 407; P. DEPUYDT, “De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen” in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 131; J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 776 en J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, “Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat. Enkele bedenkingen” in X. (ed.) *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, 438.

**32. Oorzakelijk verband** - In de eerste plaats blijkt uit verschillende cassatiearresten<sup>111</sup> dat degene die schadevergoeding vordert, het bewijs moet leveren van een oorzakelijk verband tussen de fout en de schade, zoals die zich *in concreto* heeft voorgedaan. De cliënt zal bijgevolg moeten aantonen dat er tussen de fout van de advocaat en zijn verlies van de kans op succes of hervorming een *conditio sine quo non*-verband bestaat. Een causaal verband tussen de fout en de werkelijk geleden schade of het uiteindelijke nadeel moet dus niet bewezen worden.<sup>112</sup>

Het leerstuk van verlies van een kans vangt bijgevolg de onzekerheid over het *conditio sine quo non*-verband op door de schade anders te verwoorden. Als uitgangspunt geldt in principe een “alles of niets”-benadering. Het slachtoffer heeft slechts recht op een integrale schadevergoeding indien hij kan aantonen dat de fout een *conditio sine quo non* van de schade is. Indien het slachtoffer daarentegen niet met zekerheid kan aantonen dat de fout de schade heeft veroorzaakt en dat de schade zich zonder de fout dus niet of niet op dezelfde wijze zou hebben voorgedaan, dan moet de vordering tot schadevergoeding door de rechter geheel worden afgewezen. Het bewijs dat de schade zich misschien niet zou hebben voorgedaan zonder de onrechtmatige daad, volstaat dus niet om het oorzakelijk verband te bewijzen. Zoals hierboven reeds vermeld werd, kan het zijn dat de schade ook was ontstaan zonder de fout van de advocaat. Zelfs indien de vordering of het rechtsmiddel ontvankelijk of toelaatbaar verklaard zou worden, zou de cliënt de zaak verloren kunnen hebben. Omdat in dit geval de cliënt met lege handen zou achterblijven terwijl het zeker is dat de advocaat een fout heeft begaan en deze misschien schade heeft veroorzaakt, heeft men het verlies van een kans als correctiemechanisme ingevoerd zodat enkel het causaal verband bewezen moet worden tussen de fout en het verlies van een kans.<sup>113</sup>

**33. Definitief verloren kans** - Ten tweede moet de kans op hervorming of succes definitief verloren zijn. Dit houdt in dat het bestaan van de schade niet meer afhankelijk mag zijn van toekomstige gebeurtenissen.<sup>114</sup> Deze voorwaarde sluit aan bij de hierboven vermelde

---

<sup>111</sup> Cass. 17 december 2009, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *Pas.* 2009, 3056, *RCJB* 2013, 601, noot N. ESTIENNE, *RGAR* 2010, nr. 14633, *RW* 2011-12, 1466 en *TBH* 2010, 278 (weergave O. VANDEN BERGHE); Cass. 17 december 2009, *Pas.* 2009, 3045 en *TBH* 2010, 278 (weergave O. VANDEN BERGHE); Cass. 15 maart 2010, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *Pas.* 2010, 839, *RCJB* 2013, 603, noot N. ESTIENNE, *RGAR* 2010, nr. 14676 en *RW* 2012-13, 778; Cass. 23 september 2013, *JIT* 2013,493 en *RW* 2013-14, 940, noot; Cass. 21 oktober 2013, *RW* 2013-14, 941, noot en *TBH* 2014, 106 (weergave O. VANDEN BERGHE) en Cass. 6 december 2013, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>112</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1. Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 368; I. SAMOY en K. RONSJUN, “Verlies van een geringe kans: geen minimum waarschijnlijkheid vereist” (noot onder Cass. fr. 16 januari 2013), *TBBR* 2014, 126; P. SOENS, “Termijn vergeten, kans verkeken?”, *Ad Rem* 2005, 9 en B. VAN DEN BERGH, “Bezint eer ge begint? Over de professionele aansprakelijkheid van een advocaat wegens een gestrande *actio mandati*” (noot onder Antwerpen 28 september 2009), *RW* 2012-13, 261.

<sup>113</sup> I. BOONE, “Het “verlies van een kans” bij onzeker causaal verband”, *RW* 2004-05, 92, nr. 3; P. SOENS, “Termijn vergeten, kans verkeken?”, *Ad Rem* 2005, 9 en B. VAN DEN BERGH, “Bezint eer ge begint? Over de professionele aansprakelijkheid van een advocaat wegens een gestrande *actio mandati*” (noot onder Antwerpen 28 september 2009), *RW* 2012-13, 261.

<sup>114</sup> I. BOONE, “Het “verlies van een kans” bij onzeker causaal verband”, *RW* 2004-05, 92, nr. 3; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1. Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 368; I. SAMOY en K. RONSJUN,

vereiste van zekere schade. Dit houdt in dat bij een onontvankelijk verklaarde vordering de rechter concreet zal moeten nagaan of de cliënt nog over de mogelijkheid beschikt om in rechte op te treden. Een onontvankelijk verklaarde vordering kan namelijk opnieuw voor de rechtbank worden gebracht, tenzij ze intussen verjaard zou zijn. Een niet-verjaarde onontvankelijk verklaarde vordering geeft dus geen aanleiding tot schadevergoeding wegens verlies van een kans. De cliënt beschikt immers nog over de mogelijkheid om ze opnieuw in te stellen.<sup>115</sup> Het is pas wanneer dat de verjaringstermijn verstreken is, dat de kans op winst definitief verloren is en dat een vergoeding mogelijk is.

**34. Reële kans** - Tot slot is vereist dat de kans reël is, wat inhoudt dat de kans redelijk bestaat. Dit betekent niet dat er zekerheid moet bestaan over het verwerven van het verhoopte resultaat. In dit geval zou de cliënt namelijk recht hebben op een vergoeding van de werkelijk geleden schade. Een beroep op het leerstuk van verlies van een kans zou dan overbodig zijn.<sup>116</sup> Het feit dat de kans reël moet zijn, betekent daarentegen wel dat de cliënt een vergoeding kan krijgen voor het verlies van een kans, zelfs indien zonder de fout van de advocaat het gewenste resultaat niet met zekerheid zou zijn bereikt.<sup>117</sup> Een minimumdrempel wat betreft de waarschijnlijkheid dat de kans zich zou realiseren, wordt niet vereist. De cliënt heeft recht op een vergoeding, zelfs indien de kans op succes of hervorming uitzonderlijk

---

“Verlies van een geringe kans: geen minimum waarschijnlijkheid vereist” (noot onder Cass. fr. 16 januari 2013), *TBBR* 2014, 126; P. SOENS, “Termijn vergeten, kans verkeken?”, *Ad Rem* 2005, 8 en B. WEYTS en Q. DE RAEDT, “De verlies van een kans-theorie” in X. (ed.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Limal, Anthemis, 2013, 75.

<sup>115</sup> B. VAN DEN BERGH, “Bezint eer ge begint? Over de professionele aansprakelijkheid van een advocaat wegens een gestrande *actio mandati*” (noot onder Antwerpen 28 september 2009), *RW* 2012-13, 262-263.

<sup>116</sup> Zie Luik 27 januari 2014, *JLMB* 2014, 1401: De cliënt werd vervolgd wegens onvrijwillige slagen en verwondingen en het niet-verlenen van bijstand aan personen in nood ten gevolge van een ongeval, opgelopen door een persoon die een gebouw bezocht om voor de cliënt een prijsschatting van de renovatie van dat gebouw te maken. De familiale verzekering van de cliënt weigerde tussen te komen aangezien het contract enkel dekking verleent voor het hoofdverblijf en niet voor het betrokken gebouw. De advocaat gaf dit door aan zijn cliënt en raadde hem aan om van de vordering tegen de verzekeraar af te zien. De aansprakelijkheidsrechter kwam echter tot het besluit dat de cliënt gedagvaard werd op basis van artikel 1382 BW in plaats van artikel 1384, lid 1 BW en dat deze schade wel gedekt moest worden. De beperking van artikel 7 van de algemene voorwaarden (*la garantie est acquise aux assurés permanents pour les dommages causés par les bâtiments ou parties de bâtiments servant de résidence principale aux assurés, y compris leur contenu*), was niet van toepassing. Er was geen sprake van schade veroorzaakt door het gebouw, maar wel van schade veroorzaakt door de cliënt in het gebouw. De advocaat werd dan ook veroordeeld tot het waarborgen voor zijn cliënt van alle schadevergoedingen aangezien het om een werkelijk en integraal verlies ging en niet om een verlies van de kans. Indien de verzekeraar wel zou zijn gedagvaard, zou ze zeker veroordeeld zijn geweest tot dekking. Zie ook Luik 3 januari 2013, [www.juridat.be](http://www.juridat.be): De advocaat had het beroep tegen een fiscale beslissing betreffende de boekjaren 1994-1995 laattijdig ingesteld. Zonder deze fout, zou het beroep zeker onvankelijk en gegrond zijn verklaard en zou de cliënt de gevraagde belastingverminderingen gekregen hebben, aangezien deze voor de boekjaren 1996-1999 wel toegekend werden. De advocaat werd veroordeeld tot het betalen van het integrale bedrag.

<sup>117</sup> Cass. 15 maart 2010, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *Pas*. 2010, 839, *RCJB* 2013, 603, noot N. ESTIENNE, *RGAR* 2010, nr. 14676 en *RW* 2012-13, 778; N. ESTIENNE, “La perte d’une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de Cassation: la procession d’Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...)” in X. (ed.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Brugge, die Keure, 2013, 106, nrs. 28-29; A. PUTTEMANS en L. BARNICH, “La responsabilité des professionnels du droit en Belgique” in X. (ed.), *Les professions juridiques: journées Cambodge-Vietnam*, Brussel, Bruylant, 2012, 648-649; P. SOENS, “Termijn vergeten, kans verkeken?”, *Ad Rem* 2005, 8 en B. VAN DEN BERGH, “Bezint eer ge begint? Over de professionele aansprakelijkheid van een advocaat wegens een gestrande *actio mandati*” (noot onder Antwerpen 28 september 2009), *RW* 2012-13, 261.

klein of gering was. De vordering mag enkel worden afgewezen indien de kans werkelijk onbestaande was. De ernst van de kans speelt wel een rol bij de begroting van de schade. Hoe geringer de kans op succes of hervorming, hoe kleiner de schadevergoeding wegens verlies van een kans uiteindelijk mag zijn.<sup>118</sup>

Recent heeft ook het Hof van Cassatie in Frankrijk bevestigd dat een geringe kans voor vergoeding in aanmerking komt. De heer en mevrouw X hadden bij de overdracht van aandelen in een vennootschap zich ertoe verbonden om in te staan voor het sociaal passief van de vennootschap. Hieruit vloeiden meerdere procedures voort. De Parijse rechtbank van koophandel veroordeelde hen tot betaling van het debetsaldo van hun rekening-courant ten aanzien van de vennootschap. Hun advocaat liet echter na op regelmatige wijze hoger beroep aan te tekenen. De heer en mevrouw X stelden hierop een aansprakelijkheidsvordering tegen deze advocaat in. Het hof van beroep te Parijs oordeelde in een arrest van 22 november 2011 dat het verlies van een kans op herziening van de uitspraak van de rechtbank van koophandel eerder gering was. De uitkomst van het gemiste hoger beroep was immers onzeker aangezien het echtpaar niet kon aantonen dat de rekening-courant een creditsaldo vertoonde. De schadevergoeding van de advocaat jegens het koppel werd door het Franse hof van beroep omwille van deze reden vervolgens beperkt tot de volledig zinloos gemaakte procedurekosten. Op 16 januari 2013 werd dit arrest *a quo* gedeeltelijk vernietigd door het Franse Hof van Cassatie wegens schending van artikel 1147 C.C.<sup>119</sup>. De rechters in hoger beroep steunden zich volgens het Franse Hof van Cassatie immers op ongeschikte argumenten om de afwezigheid van elke waarschijnlijkheid op succes aan te tonen, hoewel het zekere verlies van een kans vergoedbaar is, hoe gering die ook is. Ook bij onze zuiderburen is er dus geen minimumwaarschijnlijkheid vereist en komt een geringe kans voor schadevergoeding in aanmerking.<sup>120</sup>

De eerste en de tweede voorwaarde geven in de praktijk weinig problemen. Als er tijdens een aansprakelijkheidsvordering tegen de advocaat een probleem over de voorwaarden rijst, dan zal dit doorgaans te maken hebben met de laatste voorwaarde. Zo heeft het hof van beroep te Luik op 15 maart 2012 het verlies van een kans-argument afgewezen aangezien de derde voorwaarde volgens het hof niet vervuld was. Tijdens renovatiewerken aan zijn pas aangekochte woning had F. een aantal scheuren ontdekt die te wijten waren aan een gebrek in de fundamenteen. Hij gaf zijn advocaat de opdracht een vordering tegen de verkopers wegens verborgen gebreken in te stellen, maar dit gebeurde laattijdig zodat de vordering werd afgewezen. Volgens het hof bestond er twijfel over de kans op succes. Zowel de compromis als de authentieke akte bevatten namelijk een geldig exonatiebeding. De enige mogelijkheid

<sup>118</sup> I. SAMOY en K. RONSJN, “Verlies van een geringe kans: geen minimum waarschijnlijkheid vereist” (noot onder Cass. fr. 16 januari 2013), *TBBR* 2014, 126-127; B. VAN DEN BERGH, “Bezint eer ge begint? Over de professionele aansprakelijkheid van een advocaat wegens een gestrande *actio mandati*” (noot onder Antwerpen 28 september 2009), *RW* 2012-13, 261 en B. WEYTS en Q. DE RAEDT, “De verlies van een kans-theorie” in X. (ed.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Limal, Anthemis, 2013, 75. Zie ook Cass. 6 februari 1961, *Pas.* 1961, 608; Cass. 12 september 1972, *Pas.* 1973, 43 en Cass. 17 april 1961, *Pas.* 1961, 882.

<sup>119</sup> Dit artikel komt overeen met het artikel 1147 van het Belgische BW.

<sup>120</sup> Cass. fr. 16 januari 2013, *TBBR* 2014, 125, noot I. SAMOY en K. RONSJN en I. SAMOY en K. RONSJN, “Verlies van een geringe kans: geen minimum waarschijnlijkheid vereist” (noot onder Cass. fr. 16 januari 2013), *TBBR* 2014, 125-126.



voor F. om zijn vordering voor de bodemrechter succesvol te zien, was door te kunnen aantonen dat de verkopers kennis hadden van het gebrek op het ogenblik van de verkoop. Een bericht van de advocaat naar zijn cliënt liet echter al uitschijnen dat dit bewijs het zwakke punt van hun dossier was en ook het hof oordeelde dat F. niet zou slagen in dit bewijs. Het hof wees bijgevolg de vordering wegens verlies van een kans op succes voor de bodemrechter af aangezien de kans niet als reëel aanzien kon worden.<sup>121</sup>

Dit arrest toont aan dat feiten en gevolgtrekkingen uit die feiten voor interpretatie vatbaar zijn. Het bewijs van bedrog in hoofde van de verkopers mag dan al uiterst moeilijk te leveren zijn, toch bestaat er een geringe kans op succes. Een zeer beperkte vergoeding zou dan toch op z'n plaats geweest zijn. Zolang de rechter echter juist motiveert, heeft hij een ruime appreciatiebevoegdheid en is de uitspraak correct. *In casu* motiveerde de rechter waarom hij de kans op succes *nihil* achtte en dus kon hij terecht weigeren om een schadevergoeding toe te kennen.

## §2. De begroting

**35. Beperkte vergoeding** - Zoals reeds gezegd, speelt de graad van waarschijnlijkheid geen rol bij het bepalen van de vergoedbaarheid van de schade. De waarschijnlijkheidsgraad heeft daarentegen wel invloed op het bepalen van de hoegrootheid van de schadevergoeding. Niet de werkelijk geleden schade of het verloren nadeel wordt vergoed, maar wel de economische waarde van de verloren kans.<sup>122</sup> Het komt in de eerste plaats aan de eiser toe om de ernst van de verloren gegane kans en dus de economische waarde te bewijzen.<sup>123</sup> Vervolgens vormt de rechter een uiteindelijk oordeel. Hiervoor houdt hij rekening met de graad van waarschijnlijkheid van een hervorming of succesvolle vordering.<sup>124</sup> Dit heeft tot gevolg dat de cliënt slechts een gedeeltelijke vergoeding voor de geleden schade zal bekomen. Hoe minder waarschijnlijk de kans op succes, hoe kleiner de toegekende schadevergoeding uiteindelijk zal zijn.

<sup>121</sup> Luik 15 maart 2012, *RGAR* 2013, nr. 14953, noot N.E.

<sup>122</sup> Cass. 17 december 2009, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *Pas.* 2009, 3056, *RCJB* 2013, 601, noot N. ESTIENNE, *RGAR* 2010, nr. 14633, *RW* 2011-12, 1466 en *TBH* 2010, 278 (weergave O. VANDEN BERGHE); Cass. 23 september 2013, *JTT* 2013,493 en *RW* 2013-14, 940, noot; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *la responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1. Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 368 en C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 44.

<sup>123</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 46-47.

<sup>124</sup> V. COIGNEZ, "Deel 10. De aansprakelijkheid van de advocaat" in X. (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer 2013, 408-409; C. MELOTTE, "La responsabilité professionnelle des avocats" in X. (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, T. 2, Brussel, Kluwer, 2005, 44; A. PUTTEMANS en L. BARNICH, "La responsabilité des professionnels du droit en Belgique" in X. (ed.), *Les professions juridiques: journées Cambodge-Vietnam*, Brussel, Bruylant, 2012, 649; I. SAMOY en K. RONSJUN, "Verlies van een geringe kans: geen minimum waarschijnlijkheid vereist" (noot onder Cass. fr. 16 januari 2013), *TBBR* 2014, 127; B. VAN DEN BERGH, "Bezint eer ge begint? Over de professionele aansprakelijkheid van een advocaat wegens een gestrande *actio mandati*" (noot onder Antwerpen 28 september 2009), *RW* 2012-13, 262 en Cass. 21 oktober 2013, *RW* 2013-14, 941, noot en *TBH* 2014, 106 (weergave O. VANDEN BERGHE).

**36. *Ex aequo et bono*-begroting** - Uit de rechtspraak blijkt dat het wiskundig bepalen van deze beperkte vergoeding zeer moeilijk is. Daarom nemen de meeste rechters hun toevlucht tot een *ex aequo et bono* –begroting. Deze benadering kan bestaan ofwel uit het toekennen van een bepaald percentage op de werkelijk geleden schade<sup>125</sup> ofwel uit het vaststellen van een vast bedrag.

De hoegrootte van de schadevergoeding kan eender welk bedrag aannemen en hangt grotendeels af van de twee factoren: de concrete gegevens van de zaak en de opinie van de aansprakelijkheidsrechter. Vooral de tweede factor lijkt van doorslaggevend belang te zijn. Hoewel de rechter in eerste aanleg de kans op succes hoog inschat, kan de aansprakelijkheidsrechter in hoger beroep op grond van hetzelfde dossier een totaal andere mening toegedaan zijn en de kans op succes zeer minimaal inschatten of *vice versa*. Zolang de rechters hun uitspraak naar behoren motiveren en aangeven welke elementen ze in aanmerking hebben genomen om een hoger of lager bedrag toe te kennen, vormt dit echter geen probleem, gezien hun appreciatiebevoegdheid.<sup>126</sup>

Zo werd de kans in hoger beroep veel hoger ingeschat dan in eerste aanleg na een laattijdig verzoek tot schadevergoeding ingediend bij het Fonds voor slachtoffers van opzettelijke gewelddaden. Een hof van assisen had de ouders een schadevergoeding toegekend van €22.287,95 (€12.500 morele schadevergoeding voor elke burgerlijke partij en €9.787,95 voor de materiële schade). Wegens insolvabiliteit van de veroordeelde dader zou de advocaat een aanvraag bij het Fonds indienen, maar dit gebeurde niet binnen de wettelijke termijn van drie jaar. In eerste aanleg kregen de ouders wegens verlies van een kans op de vergoeding een bedrag van €12.000. In hoger beroep werd dit bedrag verhoogd tot €22.000. Hierbij gaf het hof duidelijk aan welke elementen in rekening werden genomen om €10.000 meer toe te kennen. De ouders beschikten over de nodige bewijsstukken zodat de materiële schade begroot kon worden op het maximumbedrag van €2.000. Gelet op onder andere de financiële situatie van de ouders, die slechts een beperkt pensioen genoten, en het feit dat zij hun enig kind verloren hadden, vond het hof een forfaitaire vergoeding van €10.000 voor de morele schade van elke ouder op zijn plaats.<sup>127</sup>

Hoewel de rechter in eerste aanleg de vordering onontvankelijk verklaarde, oordeelde het hof van beroep te Brussel in het eerder vermelde arrest van 20 mei 2014 dat de kans op succes in

<sup>125</sup> Zie bv. Antwerpen 28 september 2009, *RW* 2012-13, 257, noot B. VAN DEN BERGH: Een actio mandati werd in de bodemprocedure onontvankelijk verklaard. Het hof schatte in redelijke billijkheid de kans op een goede uitkomst in de bodemprocedure op slechts 20%; Antwerpen 20 september 2010, *TBBR* 2012, 277: Uit een strafonderzoek zou gebleken zijn dat een bvba en de uitbater een audio installatie en cd-bar met mengtafel die door de cliënt verhuurd werd, in hun bezit hadden, waarna de installatie in het raam van een strafrechtelijk beslag beschadigd zou zijn teruggegeven aan de cliënt. De vordering tot schadevergoeding werd echter laattijdig ingesteld. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde in de aansprakelijkheidsprocedure tegen de nalatige advocaat dat de juridische discussie in de bodemprocedure verre van evident was en begrootte de kans op realisatie van een goede uitkomst in het bodemgeschil in redelijke billijkheid op 10%.

<sup>126</sup> Ook in andere materies zijn er soms grote verschillen tussen de uitspraken in eerste aanleg en hoger beroep. Dit is niet enkel het geval bij uitspraken gebaseerd op de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat. De opdeling die gehanteerd wordt om de recente rechtspraak te bespreken is dus niet gekozen omwille van de juridische relevantie maar wel omwille van de mogelijkheid die ze biedt om structuur aan te brengen in de uitspraken.

<sup>127</sup> Bergen 19 januari 2011, *T. Verz.* 2012, 264.

de bodemprocedure op 50% geschat moest worden, zodat een schadevergoeding van €15.287,435 toegekend werd. Hiervoor steunde het hof op e-mailverkeer tussen de advocaat en de verzekeraar, op het gedrag van de advocaat, die nooit een voorbehoud gemaakt heeft over de slaagkansen van de vordering, en op de uitbetaling van een verzekeringssaldo door een andere verzekeraar waarbij een gelijkaardige verzekering was afgesloten.<sup>128</sup>

Anderzijds werd er in hoger beroep een veel lagere vergoeding toegekend naar aanleiding van een laattijdig ingesteld fiscaal geschil met de fiscale administratie. De eerste rechter had de cliënten een schadevergoeding van €11.688,85 toegekend aangezien hij de kans zeer groot achtte dat de betrokken onderdelen van de aanslagen voor meer dan de helft verminderd zouden worden. Anders dan de eerste rechter, oordeelde het hof van beroep te Brussel echter dat de kansen op een gunstig verloop van de procedure minimaal waren gelet op het onzeker karakter van het akkoord met de fiscale administratie en kende de cliënten een schadevergoeding toe van slechts €1000.<sup>129</sup>

De aansprakelijkheidsrechter in hoger beroep kan tot slot ook besluiten dat de rechter in eerste aanleg het bij het rechte einde had en de toegekende schadevergoeding onveranderd laten. Een student was van school gestuurd. Tijdens deze procedure had de Franse Gemeenschap zich schuldig gemaakt aan verschillende inbreuken. De leerling werd telefonisch en zeer brutaal van de maatregel op de hoogte gebracht en kreeg nadien schriftelijk een bevestiging van de beslissing zonder de vermelding dat hij over de mogelijkheid beschikte om verdere stappen te ondernemen. Met de fragiliteit van de student werd geen rekening gehouden. Dit alles heeft uiteindelijk tot de zelfmoord van de student geleid. De ouders wilden de Franse Gemeenschap hiervoor aansprakelijk stellen maar de advocaat had de vordering laattijdig ingesteld zodat ze verjaard werd verklaard. Op grond van bovenstaande feiten oordeelde zowel de aansprakelijkheidsrechter in eerste aanleg als in hoger beroep dat de kans op succes in de procedure tegen de Franse Gemeenschap zeer reëel zou zijn, moest ze niet laattijdig zijn ingesteld. Indien de verantwoordelijken de regels zouden hebben gevolgd, zou de zelfmoord namelijk vermeden kunnen zijn. Zowel de rechter in eerste aanleg als de rechter in hoger beroep kennen daarom aan de ouders een vergoeding van 75% toe.<sup>130</sup>

Ook het hof van beroep te Bergen oordeelde dat het laattijdig instellen van hoger beroep een ernstig verlies van een kans uitmaakte om het arbeidshof een team van experts te horen aanstellen, die de invaliditeit van de cliënte wel op minstens 66% zou schatten. Volgens de aangevochten administratieve beslissing van het RIZIV zou de cliënte namelijk geen aandoeningen meer hebben die een invaliditeit van 66% zouden verantwoorden. Rekening houdend met de door de aangestelde arts opgestelde bevindingen, oordeelde het hof van beroep te Bergen dat haar kans op hervorming in hoger beroep reëel was en schatte *in concreto* net als de rechter in eerste aanleg de graad van waarschijnlijkheid op 50%.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> Brussel 20 mei 2014, *RGAR* 2014, nr. 15104, noot F. GLANSDORFF.

<sup>129</sup> Brussel 15 oktober 2013, 2010AR2310, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>130</sup> Luik 22 januari 2013, *JLMB* 2013, 1756.

<sup>131</sup> Bergen 21 september 2012, *JLMB* 2013, 1742.

**37. Cascade-beoordeling** - Soms moet de rechter creatief omspringen met het leerstuk van verlies van een kans en overgegaan tot een dubbele evaluatie – of zoals DEPUYDT het noemt, een evaluatie “in cascade”.<sup>132</sup> In het reeds vermelde arrest van 16 maart 2010 moest het hof van beroep te Bergen zich ook over dergelijk dubbel kansverlies buigen. De eerste advocaat in de zaak, Z, had de verjaringstermijn om de hernieuwing van een handelshuurovereenkomst te bekomen, laten verstrijken. De tweede advocaat, X, had de aansprakelijkheidsvordering tegen de nalatige advocaat ook laten verjaren. De cliënt had bijgevolg de kans verloren om een veroordeling van zijn eerste advocaat te bekomen zodat deze de schade zou kunnen dragen van zijn fout in het kader van de huurvernieuwing. De schade die de cliënt leed door deze eerste advocaat bestond ook uit het verlies van een kans en kon volgens het hof niet objectief in cijfers worden gebracht, zodat de beoordeling *ex aequo et bono* moest gebeuren. Hiervoor nam het als referentiepunt de maximale vergoeding die de verhuurder moet betalen indien hij een huurvernieuwing weigert, namelijk drie jaar huur of €42.180. Aangezien de schade bestond uit een verlies van een kans op een huurvernieuwing en op een verlies van een kans op een veroordeling van de eerste advocaat, moest er van dit bedrag een dubbel percentage worden weerhouden. Het hof schatte dit dubbel percentage in totaal op 80% maar heeft niet uitgelegd hoe het aan dit resultaat kwam. Aangezien het hof beide kansen zeer hoog inschatte, lijkt het logisch dat er vertrokken is van twee afzonderlijke kansen van 90%, zowel voor de kans op vernieuwing van de handelshuur, als voor de kans op succes in de aansprakelijkheidsvordering. ( $90\% \times 90\% = \pm 80\%$ ) Na een verdeling van aansprakelijkheid wegens eigen fout van het slachtoffer (80% bleef ten laste van de advocaat), moest de advocaat afgerond nog een bedrag van €25 000 betalen.<sup>133</sup>

### §3. De rol van de rechter en de advocaat

**38. Geen indeplaatsstelling** - Het precies bepalen van de hoegrootheid van de schadevergoeding door de rechter is geen sinecure. Hij mag zich bij de beoordeling van het kansverlies niet in de plaats stellen van de bodemrechter. Hij mag niet pretenderen dat hij kan weten wat de bodemrechter geoordeeld zou hebben. Een loutere indeplaatsstelling is dan ook ongeoorloofd<sup>134</sup>. Bovendien beschikt de aansprakelijkheidsrechter niet over volledig hetzelfde dossier als datgene waarover de bodemrechter zou hebben beschikt indien de advocaat geen fout had begaan. Daarnaast is de tegenpartij in de aansprakelijkheidsprocedure niet dezelfde als diegene die in de bodemprocedure voor het hof van beroep zou verschenen zijn.<sup>135</sup> Een volledige indeplaatsstelling is bijgevolg niet enkel ongeoorloofd, maar vaak ook onmogelijk.

<sup>132</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 53-54.

<sup>133</sup> Bergen 16 maart 2010, *JLMB* 2010, 1429.

<sup>134</sup> V. COIGNEZ, “Deel 10. De aansprakelijkheid van de advocaat” in X. (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer 2013, 407; B. VAN DEN BERGH, “Bezint eer ge begint? Over de professionele aansprakelijkheid van een advocaat wegens een gestrande *actio mandati*” (noot onder Antwerpen 28 september 2009), *RW* 2012-13, 262 en J. VAN DEN HEUVEL en J. DU MONGH, “Burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat. Enkele bedenkingen” in X. (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Gent, Larcier, 2012, 438.

<sup>135</sup> V. COIGNEZ, “Deel 10. De aansprakelijkheid van de advocaat” in X. (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer 2013, 407-408.

Anders dan in België, is in Nederland dergelijk principe van *a trial within a trial* wel de gangbare praktijk. Hier dient de rechter in de eerste plaats na te gaan hoe de bodemrechter in hoger beroep geoordeeld zou hebben. Enkel indien het niet mogelijk is om dit te achterhalen, wordt subsidiair gebruik gemaakt van het leerstuk van het verlies van een kans en nagegaan hoe groot de kans op succes in hoger beroep was.<sup>136</sup>

**39. Toch beroep op bodemdossier** - Een indeplaatsstelling is in België dus ongeoorloofd, maar anderzijds zal een beroep op de rechtsplegingsstukken en de dossiers van het bodemgeschil toch noodzakelijk zijn indien de rechter het kansverlies naar behoren wil beoordelen. Volgens DEPUYDT heeft de rechter dus de delicate opdracht om een evenwicht te vinden tussen twee uitersten. Enerzijds mag hij zich niet in de plaats stellen van de bodemrechter en een fictieve oplossing voor het geschil weerhouden die vervolgens als enig juiste of mogelijke wordt gepresenteerd. Anderzijds moet hij het bodemgeschil wel appreciëren om tot een invullen van de waarschijnlijkheidsgraad te komen. Het geschil buiten beschouwing laten onder het mom van het gezag van rechterlijk gewijsde is dus evenmin een oplossing.<sup>137</sup>

Tijdens de appreciatie van het bodemgeschil mag de rechter vanzelfsprekend enkel die stukken aanwenden die ten tijde van het bodemgeding beschikbaar waren. Het kansverlies mag dus niet beoordeeld worden op basis van elementen die tijdens het bodemgeschil niet werden of niet konden aangewend worden.<sup>138</sup> Bovendien moet de rechter zich bij het weerhouden van een fout terugplaatsen op het ogenblik van de fout. Dit houdt in dat de op dat ogenblik geldende wetgeving en rechtspraak in aanmerking moeten worden genomen om een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm te kunnen weerhouden. Een latere wijziging in de wetgeving of rechtspraak moet de rechter dus buiten beschouwing laten.<sup>139</sup> Deze verplichting vloeit voort uit de algemene noodzaak om het abstract criterium van de goede huisvader te concretiseren. De externe omstandigheden, waaronder het tijdstip van de schadeverwekkende daad, spelen hierbij een grote rol en moeten in het criterium worden opgenomen. Er moet namelijk worden nagegaan of de schadeverwekker zich heeft gedragen zoals een normaal vooruitziend en zorgvuldig persoon, *in dezelfde feitelijke omstandigheden* geplaatst.<sup>140</sup>

<sup>136</sup> P. WANDERS, "Beroepsaansprakelijkheid en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL (eds.), *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 62 en HR 11 december 2009, NJ 2010, 3.

<sup>137</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 35.

Andere auteurs zie V. COIGNEZ, "Deel 10. De aansprakelijkheid van de advocaat" in X. (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer 2013, 407-408 en P. SOENS, "Termijn vergeten, kans verkeken?", *Ad Rem* 2005, 8.

<sup>138</sup> V. COIGNEZ, "Deel 10. De aansprakelijkheid van de advocaat" in X. (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer 2013, 407; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 39 en F. MARCK, "Fiscale fraud legis: verhoogde aansprakelijkheid advocaten?" in X. (ed.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Limal, Anthemis, 2013, 294.

<sup>139</sup> V. COIGNEZ, "Deel 10. De aansprakelijkheid van de advocaat" in X. (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer 2013, 408.

<sup>140</sup> S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht. Ibis*, Brugge, die Keure, 2013, 43-44 en T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 128.

**40. Eigen opinie advocaat** - De eigen opinie van de advocaat over de kans op winst of verlies mag de berekening van het verlies van een kans door de rechter niet beïnvloeden. Zowel de gedupeerde cliënt-eiser, als de betrokken advocaat beroepen zich in de praktijk met regelmaat op de voorspelling die de advocaat destijds deed omtrent de kans op succes om zijn standpunt voor de aansprakelijkheidsrechter te verduidelijken. De rechter behoort nochtans enkel aan de hand van objectieve elementen te oordelen. Hij zou zich moeten laten leiden door zijn eigen overtuiging omtrent het kansverlies en mag dus slechts een vergoeding toekennen indien hij van oordeel is dat de schade zeker is. De eerdere opinie of voorspelling van de advocaat is een (subjectief) oordeel op een bepaald ogenblik, gebaseerd op informatie waarover die advocaat toen beschikte. Bovendien is het mogelijk dat de advocaat de kans op succes verkeerd heeft ingeschat. De rechter dient daarom idealiter een eigen overtuiging te vormen omtrent het kansverlies, waarbij hij de opinie van de betrokken advocaat zoveel mogelijk links laat liggen en enkel beroep doet op objectief onderzoek naar de overtuigingskracht van de middelen en argumenten uit het bodemgeschil.<sup>141</sup>

Mag de eigen opinie van de advocaat in kwestie dan geen enkele rol spelen in de aansprakelijkheidsprocedure? Voor de berekening van het kansverlies is dit aspect irrelevant, maar net als COIGNEZ en VEECKMANS zijn wij van oordeel dat de voorspelling over het al dan niet slagen van de procedure toch van belang kan zijn op een ander vlak. Zo kan de aansprakelijkheidsrechter dit element in aanmerking nemen om een eventuele beroepsfout in hoofde van de advocaat te weerhouden.<sup>142</sup>

**41. De rol van de verweerder-advocaat** - Begrijpelijkwijze bevindt ook de betrokken advocaat als verweerder in de aansprakelijkheidsprocedure zich in een moeilijke positie voor wat betreft zijn eigen opinie destijds omtrent het kansverlies. Zichzelf flagrant tegenspreken of erkennen dat hij zich destijds vergist heeft, zijn absoluut te vermijden als verdedigingsstrategie. Deze strategieën zullen slecht overkomen bij zowel de cliënt als bij de aansprakelijkheidsrechter en bovendien zet de advocaat zo zijn geloofwaardigheid en goede naam op het spel.<sup>143</sup> Welke strategie kan de aangesproken advocaat dan wel best hanteren? DEPUYDT raadt aan om als advocaat zich te schikken naar de wijsheid van de rechtbank wat betreft het kansverlies. De verzekeringsmaatschappij komt vrijwillig in de rechtspleging tussen of is reeds in de procedure betrokken doordat er een rechtstreekse vordering tegen hem uitgeoefend wordt. De verzekeraar zal het eigenlijke verweer voor zijn rekening nemen. Voor de verzekeringsmaatschappij is de drempel immers veel lager om te argumenteren dat haar verzekerde de kansen op succes fout heeft beoordeeld aangezien deze een derde is ten aanzien van die uitgedrukte mening. Deze tactiek wordt vaak aangewend wanneer de oorspronkelijke

<sup>141</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 40-42; F. MARCK, "Fiscale fraud legis: verhoogde aansprakelijkheid advocaten?" in X. (ed.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Limal, Anthemis, 2013, 294 en B. VEECKMANS, "De aansprakelijkheid van advocaten bij het veronachtzamen van verval- of verjaringstermijnen" (noot onder Gent 29 januari 1993), *De Verz.* 1994, 437.

<sup>142</sup> V. COIGNEZ, "Deel 10. De aansprakelijkheid van de advocaat" in X. (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer 2013, 408 en B. VEECKMANS, "De aansprakelijkheid van advocaten bij het veronachtzamen van verval- of verjaringstermijnen" (noot onder Gent 29 januari 1993), *De Verz.* 1994, 437.

<sup>143</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 43.

voorspelling van de advocaat de stelling die voor de aansprakelijkheidsrechter verdedigd moet worden, volledig tegenspreekt.<sup>144</sup>

**42. Niet problematisch** - Uit de onderzochte rechtspraak blijkt dat de rechters zich baseren op de dossiers uit het bodemgeschil en rekening houden met de rechtspraak, rechtsleer en wetgeving uit die periode. De rol van de rechter moet dus niet als problematisch worden ervaren in de recente rechtspraak.

Enkele voorbeelden van objectieve elementen die de laatste jaren door rechters in aanmerking werden genomen, zijn een niet bekrachtigd akkoord met de fiscale administratie dat op verkeerde veronderstellingen over essentiële gegevens stoelde<sup>145</sup>, de bodemuitspraak<sup>146</sup>, aangebrachte bewijsstukken en de financiële situatie van de partijen<sup>147</sup> en een deskundigenverslag<sup>148</sup>.

In het reeds aangehaalde arrest van het hof van beroep te Luik tegen de Franse Gemeenschap kwam ook de voorspelling van de nalatige advocaat aan bod. De advocaat riep in dat hij de kansen op succes eerder beperkt achtte en dat ook zo meegedeeld had aan zijn cliënt. Het hof oordeelde echter geheel in lijn met bovenstaande uiteenzetting dat deze omstandigheid vreemd is aan het bepalen van het oorzakelijk verband. In de plaats daarvan hield het hof rekening met de objectieve bodemuitspraak om de waarschijnlijkheid van winst redelijk hoog in te schatten. Het oordeelde immers: *“Le caractère sérieux et raisonnable de la probabilité d’obtenir gain de cause quant au fond résulte de la motivation surabondante donnée par le tribunal de première instance de Bruxelles qui constate que la Communauté française de Belgique a commis, à l’occasion du renvoi de cet élève, de nombreuses contraventions à la réglementation et prend soin de préciser qu’il est difficile, de nier que vu le déroulement chronologique des faits, le suicide de (Nelson) N. était en relation de cause à effet avec son renvoi définitif. Ces motifs permettent d’augurer que si l’obstacle de la prescription n’avait pas été présent, il y avait des chances sérieuses de voir la demande d’indemnisation présentée par l’intimée aboutir, le tribunal le déclarant d’ailleurs expressément avec une seule réserve portant sur l’importance du montant réclamé.”*<sup>149</sup>

Tot slot bevestigde het hof van beroep te Gent op 17 oktober 2013 dat de eventuele aansprakelijkheid van de advocaat beoordeeld dient te worden aan de hand van de geldende rechtsleer en rechtspraak ten tijde van zijn nalaten. De aanleiding was een verjaard verklaarde vordering tot schadevergoeding wegens onregelmatige gunning van een offerteaanvraag. De cliënt dagvaardde zijn advocaat en verweet hem een foutieve beoordeling van de verjaringsproblematiek. Hij ging namelijk uit van de veronderstelling dat de toenmalige gemeenrechtelijke dertigjarige verjaringstermijn op buitencontractuele vorderingen tegen de

<sup>144</sup> P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Brussel, Larcier, 2006, 43-44.

<sup>145</sup> Brussel 15 oktober 2013, 2010AR2310, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>146</sup> Luik 22 januari 2013, *JLMB* 2013, 1756.

<sup>147</sup> Bergen 19 januari 2011, *T. Verz.* 2012, 264.

<sup>148</sup> Bergen 21 september 2012, *JLMB* 2013, 1742 en Antwerpen 28 september 2009, *RW* 2012-13, 257, noot B. VAN DEN BERGH

<sup>149</sup> Luik 22 januari 2013, *JLMB* 2013, 1756.

Staat van toepassing was in plaats van de vijfjarige termijn van artikel 100,1° van de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit. De aansprakelijkheidsrechter oordeelde zowel in eerste aanleg als in hoger beroep dat de veronderstelling dat de gemeenrechtelijke dertigjarige verjaringstermijn op dergelijke vorderingen van toepassing was, een misvatting uitmaakte die slechts later aan de oppervlakte is gekomen. In de tijdsgeest van 1985-1987 kon die misvatting niet aan een normaal en zorgvuldig handelend advocaat worden verweten. De tekst van artikel 100,1° was namelijk zelf zeer onduidelijk op dat vlak. Bovendien was de problematiek van de verjaring van de aansprakelijkheidsvorderingen tegen de overheid onbesproken in de rechtsleer en ook in de rechtspraak was de discussie in 1985-1987 nog niet aan de orde. Pas na 2 cassatiearresten van 21 april 1994 en 2 november 1995 ontstond de controverse, zodat de advocaat *in casu* geen fout had begaan.<sup>150</sup>

**43. Onvoldoende stukken** – Wat als de rechter tot slot over onvoldoende rechtsplegingsstukken en dossiers uit de bodemprocedure beschikt om zich naar behoren uit te spreken over het kansverlies? Het antwoord ligt voor de hand en wordt nog eens perfect geïllustreerd door een arrest van het hof van beroep te Luik van 30 november 2010. Tijdens de nacht van 25 op 26 december 1997 werd de auto van de cliënt gestolen. Hij deed hiervan aangifte bij zijn verzekeraar, maar die weigerde een vergoeding uit te betalen. Hierop kreeg zijn advocaat de opdracht om de verzekeringsmaatschappij te dagvaarden. De gerechtsdeurwaarder dagvaardde echter de bank en niet de verzekeringsmaatschappij. Toen de advocaat kennis kreeg van deze fout, liet hij na zijn cliënt hierover te informeren en hem aan te raden om de verzekeringsmaatschappij vrijwillig te laten tussenkomen of om deze maatschappij eventueel alsnog te dagvaarden. Ook zijn opvolger had dit advies niet gegeven. Toen de verzekeringmaatschappij uiteindelijk gedagvaard werd, bleek de vordering verjaard. De aansprakelijkheidsrechter in hoger beroep oordeelde dat zowel de fout van de gerechtsdeurwaarder als de fouten van beide advocaten in oorzakelijk verband staan met de verjaring van de vordering en dus met het verlies van een kans op een succesvolle uitspraak door de bodemrechter. Het hof voegde hieraan toe dat een schadevergoeding slechts kan worden toegekend indien A.L. kan aantonen dat de kans op winst reëel was. De conclusies en andere dossierstukken uit het bodemgeschil, zoals de algemene voorwaarden van de verzekeringspolis, zijn echter nooit voor de aansprakelijkheidsrechter neergelegd zodat het hof tot het besluit komt dat het voorlopig geen objectieve uitspraak over de realiteit van deze kans kan doen. Het beveelt bijgevolg de neerlegging van deze processtukken om nadien na de heropening van de debatten een objectief oordeel over het kansverlies te kunnen vormen aan de hand van het bodemdossier.<sup>151</sup>

## Hoofdstuk 2. De aansprakelijkheid van de bemiddelaar

### Afdeling 1. Algemene beginselen

<sup>150</sup> Gent 17 oktober 2013, nr. 2010/AR/3284, *onuitg.*, 6-8.

<sup>151</sup> Luik 30 november 2010, *Ius & Actores* 2011, 99 en *JLMB* 2013, 1736.



**44. Bemiddeling** - Bemiddeling is een vorm van alternatieve geschillenbeslechting, waarbij partijen een beroep doen op een onafhankelijke en onpartijdige derde die hen op vertrouwelijke wijze ondersteunt bij het oplossen van een geschil.<sup>152</sup> De grote voordelen van bemiddeling zijn de snelheid, vertrouwelijkheid en lagere kostprijs. Daarnaast hebben partijen de oplossing volledig zelf in handen. De uitkomst van een gerechtelijke procedure is daarentegen vaak onvoorspelbaar. Bij zo'n procedure wordt het geschil definitief beslist door een derde die eigenlijk niets met het conflict te maken heeft.<sup>153</sup>

**45. Stimulans vanuit de wetgever** – Met als doel om bemiddeling een duidelijkere plaats te geven in het burgerlijk procesrecht, werd in 2005 een nieuw zevende deel in het Gerechtelijk Wetboek ingevoegd.<sup>154</sup> Daarmee anticipeerde ons land op de Europese Bemiddelingsrichtlijn uit 2008. Die richtlijn had een gelijkaardige doelstelling. Men wilde de toegang tot alternatieve geschillenbeslechting vergemakkelijken en de minnelijke schikking van geschillen bevorderen door het gebruik van bemiddeling aan te moedigen en te zorgen voor een evenwichtige samenhang tussen bemiddeling en de behandeling in rechte.<sup>155</sup> Daarbij is de centrale idee telkens dat er slechts bemiddeld wordt wanneer alle partijen daarmee instemmen (art. 1734 Ger.W.).<sup>156</sup>

Naast het scheppen van een algemeen wettelijk kader in 2005, heeft de wetgever recent in het familierecht nog enkele specifieke maatregelen genomen om het gebruik van bemiddeling aan te moedigen.<sup>157</sup> Naar aanleiding van de wet van 30 juli 2013 tot invoering van een familie- en jeugdrechtbank schreef HENSEN zelfs dat de aandacht die uitging naar de integratie van alternatieve geschillenoplossing in de gerechtelijke organisatie “ongeevenaard” was.<sup>158</sup> Zo worden partijen zowel door de griffier als door de familierechtbank tijdens de inleidingszitting ingelicht over de mogelijkheid om hun geschil te beslechten via verzoening, bemiddeling of elke andere vorm van alternatieve geschillenoplossing (art. 1255, §6 Ger.W en art. 731, lid 4 Ger.W). Daarnaast krijgen ze een informatiebrochure, een lijst van erkende

<sup>152</sup> J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 104, nr. 187; P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 392, nr. 588; L. VAN WESTEN, "Aansprakelijkheid van de mediation. Hoe moet de zorgplicht van de mediation worden ingevuld?" in W. DIJKSHOORN, N.J.H. HULS en S.D. LINDENBERGH (eds.), *Waar gehakt wordt ... Acht bijdragen over beroepsaansprakelijkheid*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, (31) 32.

<sup>153</sup> C. JACOBS, "Doen we het of doen we het niet? Een conceptuele analyse van de voor- en nadelen van bemiddeling" in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, (71) 75-89.

<sup>154</sup> B. ALLEMEERSCH, "Een geactualiseerde inleiding tot de bemiddelingswet" in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, (19) 21-27.

<sup>155</sup> Art. 1 Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 2008/52/EG, 21 mei 2008, betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 24 mei 2008, afl. 136, 3 (hierna verkort: Bemiddelingsrichtlijn)

<sup>156</sup> Considerans 13 Bemiddelingsrichtlijn.

<sup>157</sup> Wet 5 april 2011 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de persoonlijke verschijning en de poging tot verzoening bij echtscheiding betreft en tot invoering van een kennisgeving over het bestaan en het nut van bemiddeling in echtscheidingszaken, *BS* 16 juni 2011, 35.811 en Wet 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *BS* 27 september 2013, 68429)

<sup>158</sup> W. HENSEN, "Alternatieve geschillenoplossing in de nieuwe familierechtbank: een stap voorwaarts of een gemiste kans?", *P&B* 2014, (38) 38.

bemiddelaars en inlichtingen over informatiesessies, wachtdiensten of andere initiatieven die erop gericht zijn de minnelijke oplossing van conflicten te bevorderen (art. 1253ter/1 Ger.W.).

**46. Aannemingsovereenkomst, met voornamelijk middelenverbintenissen** – De overeenkomst tussen de bemiddelaar en partijen kan privaatrechtelijk als een aanneming worden gekwalificeerd.<sup>159</sup> De bemiddelaar bevindt zich in een positie van onafhankelijkheid ten opzichte van zijn opdrachtgevers en is voornamelijk gehouden tot middelenverbintenissen.<sup>160</sup> Hij moet proberen om een kader te scheppen waarbinnen partijen met elkaar in dialoog kunnen treden. Daarbij moet hij steeds de elementaire regels van het bemiddelingsproces respecteren.<sup>161</sup> Toch wil dat niet zeggen dat de bemiddelaar geen enkele resultaatsverbintenis op zich neemt. Zo heeft hij onder andere een plicht tot geheimhouding en moet hij de termijnen respecteren die werden vastgelegd in het kader van de bodemprocedure.<sup>162</sup>

Het louter mislukken van een bemiddeling kan dus nooit *as such* aan de bemiddelaar worden toegerekend. Het zijn steeds de partijen die beslissen over het al dan niet afsluiten van een akkoord.<sup>163</sup> Indien de partijen toch een bemiddelaar aansprakelijk willen stellen voor de gebrekkige uitvoering van zijn opdracht, leert een tussenvonnis van de rechtbank te Arnhem dat het moet gaan om een combinatie van substantiële verwijten. Het feit dat de bemiddelaar in een ontwerpovereenkomst de naam of functie van een betrokkene onjuist had vermeld, werd in ieder geval als onvoldoende substantieel beschouwd.<sup>164</sup>

## Afdeling 2. Een aantal aansprakelijkheidsscenario's

**47. Principe** - Volgens GONDA leert een informele rondvraag onder de *mediation* centra in Europa dat de gevallen waarbij een bemiddelaar aansprakelijk wordt gesteld quasi-onbestaand zijn.<sup>165</sup> Ook in de Belgische gepubliceerde rechtspraak is daar geen enkel voorbeeld van te vinden. Toch is het niet ondenkbaar dat een bemiddelaar een inbreuk pleegt op zijn

<sup>159</sup> S. BROUWERS, "Aansprakelijkheid van de bemiddelaar", *Ius & Actores* 2007, (93) 93-94; M. GONDA, "L'avocat en une autre qualité particulière (curateur, médiateur, etc...)" in X (ed.), *Les risques du métier: Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2007, (127) 134; E. SCHUTTE en J. SPIERDIJK, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 131; P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, "Médiation: confidentialité et responsabilité", *JT* 1999, (254) 257.

<sup>160</sup> A.L. VERBEKE, N. HOEKX, N. CARETTE, et al., *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 236-237 en 243.

<sup>161</sup> M. GONDA, "L'avocat en une autre qualité particulière (curateur, médiateur, etc...)" in X (ed.), *Les risques du métier: Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2007, (127) 134.

<sup>162</sup> S. BROUWERS, "Aansprakelijkheid van de bemiddelaar", *Ius & Actores* 2007, (93) 94; P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, "Médiation: confidentialité et responsabilité", *JT* 1999, (254) 257; L. VAN WESTEN, "Aansprakelijkheid van de mediator. Hoe moet de zorgplicht van de mediation worden ingevuld?" in W. DIJKSHOORN, N.J.H. HULS en S.D. LINDENBERGH (eds.), *Waar gehakt wordt ... Acht bijdragen over beroepsaansprakelijkheid*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, (31) 39. Bepaalde auteurs betwijfelen evenwel of het beroepsgeheim steeds een resultaatsverbintenis uitmaakt, omdat het een abstracte notie is die afhankelijk is van de invulling van de casus (V. COIGNEZ, "De aansprakelijkheid van de advocaat" in X (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2013-2014. Deontologie*, Mechelen, Kluwer, 2013, (385) 356, nr. 219).

<sup>163</sup> P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, "Médiation: confidentialité et responsabilité", *JT* 1999, (254) 257.

<sup>164</sup> Rb. Arnhem 25 mei 2005, *LJN* AU0366.

<sup>165</sup> M. GONDA, "L'avocat en une autre qualité particulière (curateur, médiateur, etc...)" in X (ed.), *Les risques du métier: Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2007, (127) 136.

contractuele of wettelijke verplichtingen waardoor een bepaalde schade ontstaat. In dat geval verzet niets in het Belgische recht zich ertegen dat de schadelijder een aansprakelijkheidsvordering instelt.<sup>166</sup> In deze afdeling wordt ingegaan op drie scenario's, die gelet op het wettelijke kader en de buitenlandse voorbeelden het meeste kans lijken te hebben om tot een aansprakelijkheidsprocedure te leiden.

## §1. De geheimhoudingsplicht

**48. Wettelijke verplichting** - Een bemiddelaar schendt zijn plicht tot geheimhouding indien hij informatie bekend maakt die hij tijdens een bemiddelingssessie heeft vernomen.<sup>167</sup> Zo kan gedacht worden aan het openbaren van standpunten die partijen hebben ingenomen, voorstellen die ze hebben gedaan of vertrouwelijke informatie die ze over zichzelf hebben vrijgegeven.<sup>168</sup> Daarnaast is het ook niet toegestaan dat hij aan derden zijn mening geeft over de deelnemers aan de bemiddelingsprocedure.<sup>169</sup> Aangezien het in deze gevallen gaat om een inbreuk op een resultaatsverbintenis<sup>170</sup>, lijkt de kans reëel dat zo'n bekendmaking de aansprakelijkheid van de bemiddelaar in het gedrang kan brengen.<sup>171</sup>

De wettelijke grondslag van de plicht tot geheimhouding is te vinden in art. 1728 Ger.W. Dat artikel omschrijft eveneens een bewijsuitsluitingsregel<sup>172</sup>, die echter minder implicaties heeft voor de professionele aansprakelijkheid van de bemiddelaar.<sup>173</sup> Daarnaast wordt de geheimhoudingsplicht dieper uitgewerkt in art. 10 van de gedragscode van de erkende bemiddelaar, die op 18 oktober 2007 door de Federale Bemiddelingscommissie werd afgekondigd. Eerst en vooral herhaalt de gedragscode dat de bemiddelaar gehouden is tot het beroepsgeheim van art. 458 Sw. Aansluitend vermeldt hij dat de geheimhoudingsplicht van de bemiddelaar strenger is dan de vertrouwelijkheidsplicht van partijen, die slechts een gewone discretieplicht is.<sup>174</sup> Ten slotte somt hij de drie mogelijke gevolgen op bij miskennen: de strafsancities (gevangenisstraf en geldboete zoals voorzien in artikel 458 SW), de

<sup>166</sup> In tegenstelling tot bepaalde Angelsaksische landen waar de bemiddelaar kan genieten van de immuniteit die ook de rechter geniet (J. SCHULZ, "Mediator Liability in Canada: An Examination of Emerging of American and Canadian Jurisprudence (2000)", *Ottawa Law Review* 2000-2001, 272; R.M. JACKSON en J.L. POWELL, *On Professional Negligence*, London, Sweet & Maxwell, 1997, 571-572; R. CARROLL, "Mediator Immunity in Australia", *Sydney Law Rev.* 2001, 187; P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, "Médiation: confidentialité et responsabilité", *JT* 1999, (254) 257; Y. ZAO en A.K.C. KOO, "Revisiting the Issue of Mediator Immunity", *Hong Kong Law Journal* 2011, (677), 688.

<sup>167</sup> K. KOVACH, *Mediation in a Nutshell*, St. Paul, West, 2010, 177-178.

<sup>168</sup> P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, "Médiation: confidentialité et responsabilité", *JT* 1999, (254) 257.

<sup>169</sup> Rb. Arnhem 25 mei 2005, *LJN* AU0366.

<sup>170</sup> S. BROUWERS, "Aansprakelijkheid van de bemiddelaar", *Ius & Actores* 2007, (93) 94; P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, "Médiation: confidentialité et responsabilité", *JT* 1999, (254) 257.

<sup>171</sup> G. HUFNAGLE, "Mediator Malpractice Liability", *Mediation Quarterly* 1989, 35.

<sup>172</sup> Zie onder andere K. ANDRIES, "'A secret shared is a secret lost?' Bedenkingen bij de Belgische bewijsuitsluiting voor bemiddeling", *TMD* 2011, (43) 69.

<sup>173</sup> BROUWERS houdt evenwel de mogelijkheid open dat wanneer na een mislukte bemiddeling tussentijdse verslagen boven water komen als bewijsstuk, de aansprakelijkheid van de bemiddelaar in het geding komt (S. BROUWERS, "Aansprakelijkheid van de bemiddelaar", *Ius & Actores* 2007, (93) 96-97).

<sup>174</sup> Die bepaling is in feite *ultra vires*, omdat de discretieplicht van de partijen buiten elke rechtspleging om niet is terug te vinden in het Gerechtelijk Wetboek (zie B. ALLEMEERSCH, "Een geactualiseerde inleiding tot de bemiddelingswet" in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, (19) 50, vn. 64.

burgerrechtelijke aansprakelijkheid en de intrekking van de erkenning (art. 1727, §6, 7° Ger.W.).<sup>175</sup>

**49. Schadevereiste** - Volgens VANDERHAEGHEN zou de schadecomponent bij schending van het beroepsgeheim door de bemiddelaar een probleem kunnen opleveren voor de rechtszoekende. Ze meent dat een schadevergoeding voor schending van art. 458 SW uitzonderlijk is in België.<sup>176</sup> Toch hoeft het schadevereiste geen onoverkomelijk beletsel te zijn. Een persoon die zich gekrenkt voelt omdat bepaalde vertrouwelijke informatie naar buiten is gekomen, komt voor een morele schadevergoeding in aanmerking.<sup>177</sup> In dat geval zal de rechter de schadevergoeding *ex aequo et bono* begroten. Zo is in de rechtspraak een voorbeeld te vinden waarbij een verzekeraar 2000 EUR moest betalen wegens schending van het beroepsgeheim. *In casu* had de onderneming vertrouwelijke gegevens uit het medisch dossier van een verzekerde gecommuniceerd naar een derde.<sup>178</sup>

## §2. De onpartijdigheids- en onafhankelijkheidsplicht

**50. Deontologische regel** – Het is mogelijk dat een bemiddelaar een inbreuk pleegt op zijn onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsplicht.<sup>179</sup> Art. 5 van de gedragscode bepaalt dat de bemiddelaar niet mag tussenkomen wanneer hij, omwille van persoonlijke, materiële of morele belangen, zijn functie niet kan uitoefenen in onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Hoewel de gedragscode beide beginselen in éénzelfde adem noemt, kunnen ze strikt genomen worden onderscheiden.

Onpartijdigheid betekent dat de bemiddelaar geen blijk mag geven van enige vooringenomenheid.<sup>180</sup> Zo mag hij niet de indruk wekken dat hij het proces stuurt in het voordeel of in het nadeel van één van de partijen.<sup>181</sup> Hij mag ook niet proberen om op eigen initiatief verschillen op het vlak van informatie op te heffen.<sup>182</sup> Onafhankelijkheid heeft daarentegen te maken met de autonome rol die hij moet innemen, zonder enige druk van buitenaf. Een bemiddelaar kan niet optreden indien hij een persoonlijke of zakelijke relatie heeft met één van de partijen of in een geschil waarbij hij rechtstreeks of onrechtstreeks voordeel kan halen uit het resultaat. Daarnaast mag hij zich ook niet inmengen in een conflict waarbij één van zijn medewerkers of één van zijn vennoten is opgetreden voor één van de

<sup>175</sup> Art. 10 beslissing 18 oktober 2007 betreffende de gedragscode van de erkende bemiddelaar.

<sup>176</sup> Zie A. VANDERHAEGHEN, "Bemiddeling en vertrouwelijkheid", *NJW* 2009, (194) 199, nr. 30, die waarschuwt dat vergoeding voor schade opgelopen door een schending van art. 458 Ger.W. niet frequent voorkomt in België.

<sup>177</sup> H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2011, 227, nr. 347; A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, B. DE TEMMERMAN, *et al.*, "Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling", *TPR* 2007, (941) 960, nr. 17.

<sup>178</sup> Brussel 13 mei 2002, *RGAR* 2005, nr. 14047.

<sup>179</sup> P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, "Médiation: confidentialité et responsabilité", *JT* 1999, (254) 257.

<sup>180</sup> Naar analogie met de onpartijdigheid van de rechter, zie P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013,

<sup>181</sup> E. SCHUTTE en J. SPIERDIJK, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 137.

<sup>182</sup> S. BROUWERS, "Tucht en deontologie van de bemiddelaar", *Ius & Actores* 2008, (15) 28.

partijen in een andere hoedanigheid dan bemiddelaar.<sup>183</sup> Indien hij zich toch in één van de voorgaande situaties zou bevinden, heeft hij op basis van art. 6 van de gedragscode een meldingsplicht ten aanzien van de partijen.<sup>184</sup>

Op basis van art. 7 van de gedragscode stelt de bemiddelaar zich bij miskenning van zijn plicht tot onafhankelijkheid en onpartijdigheid bloot aan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid en de door art. 1727, §6, 7° Ger. W. voorziene sancties.<sup>185</sup> Een normaal vooruitziend en zorgvuldig bemiddelaar mag worden verondersteld de gedragsregels in acht te nemen waaraan hij onderworpen is.<sup>186</sup> Concreet komt dat er op neer dat de deontologische verplichting in aanmerking wordt genomen bij de invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm.<sup>187</sup> Een inbreuk moet dus telkens getoetst worden aan het abstracte criterium van de *bonus pater familias*. Indien een bemiddelaar tijdens een sessie één enkele keer zijn eigen mening geeft over een niet-cruciaal punt waarover partijen aan het spreken zijn, betekent dat niet dat hij zich onvoldoende neutraal opstelt. Anderzijds zou het per e-mail en per telefoon communiceren met partijen tussen de bijeenkomsten, regelmatig en gedurende langere tijd met één van de twee partijen, wel zijn professionele aansprakelijkheid in het gedrang kunnen brengen.<sup>188</sup>

**51. Schade en oorzakelijk verband** – Een partij zal een bemiddelaar meestal een gebrek aan onpartijdigheid (bv. het duidelijk bevoordelen van de andere) verwijten na een mislukte bemiddelingspoging. Strikt gezien zal die partij dan moeten aantonen dat indien de bemiddelaar wel onpartijdig zou zijn geweest, de schade zich niet zou hebben voorgedaan.<sup>189</sup> Aangezien het nooit gegarandeerd is dat de bemiddeling succesvol kan worden afgerond, komen de kosten van bemiddeling (bv. de erelonen van de bemiddelaar of de kosten van juridische en technische bijstand) in principe niet in aanmerking als schadepost. In dat verband kan dus enkel gedacht worden aan het verlies van een kans om een einde te maken aan de rechtszaak.<sup>190</sup> Bepaalde auteurs beschouwen de voorwaarde van de reële kans als problematisch, omdat nooit met zekerheid kan worden aangetoond dat de bemiddeling succesvol zou zijn.<sup>191</sup> Wij delen deze mening niet, omdat een reële kans niet willen zeggen dat er zekerheid moet bestaan over het verwachte resultaat. Een partij heeft eveneens recht op een

<sup>183</sup> Deze voorbeelden zijn letterlijk opgenomen in de gedragscode, zie art. 5 beslissing 18 oktober 2007 betreffende de gedragscode van de erkende bemiddelaar.

<sup>184</sup> Daarna heeft hij de keuze: hij kan zich ofwel onmiddellijk terugtrekken, ofwel de mening vragen van de partijen. Zien ze geen beletsel, dan kan hij een geschreven akkoord bekomen voor de voortzetting van de bemiddeling (B. ALLEMEERSCH, "Een geactualiseerde inleiding tot de bemiddelingswet" in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, (19) 42, nr. 31).

<sup>185</sup> Art. 7 beslissing 18 oktober 2007 betreffende de gedragscode van de erkende bemiddelaar.

<sup>186</sup> S. BROUWERS, "Aansprakelijkheid van de bemiddelaar", *Ius & Actores* 2007, (93) 94; A.W. JONGBLOED, F. SCHONEWILLE, P.H.A. BOSHOEWERS, *et al.*, *Rechtspraak Mediation*, 's-Gravenhage, Sdu Uitgevers, 2013, 137; A. VANDERHAECHEN, "Bemiddeling en vertrouwelijkheid", *NJW* 2009, (194) 199, nr. 27.

<sup>187</sup> S. STUNS, *Verbintenissenrecht*, Ibis, Brugge, die Keure, 2013, 41, nr. 50.

<sup>188</sup> Rb. Arnhem 25 mei 2005, *LJN* AU0366.

<sup>189</sup> P. VAN OMMEFLAGHE, "Le concept de l' "alternative légitime" en droit de la responsabilité civile" in X (ed.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Brugge, die Keure, 2013, (131) 135, nr. 5.

<sup>190</sup> M. GONDA, "L'avocat en une autre qualité particulière (curateur, médiateur, etc...)" in X (ed.), *Les risques du métier: Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2007, (127) 134.

<sup>191</sup> K. ANDRIES, *Het bemiddelingsbeding: geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Brussel, Larcier, 2007, 46, nr. 72.

vergoeding indien de kans op succes of hervorming uitzonderlijk klein of gering was (cf. randnr. 34).

Een tekortkoming aan de onafhankelijkheidsplicht (bv. het verzwijgen dat hij tot dezelfde vriendengroep behoort als de andere partij) kan daarentegen ook aan het licht komen na het succesvol afronden van een bemiddeling en het ondertekenen van het bemiddelingsakkoord (art. 1732 Ger.W.). Aangezien bemiddeling een coöperatief proces is waar vele actoren bij betrokken zijn, zal het wel geen eenvoudige opdracht zijn om het oorzakelijk verband tussen het gedrag van de bemiddelaar en het daaruit voortvloeiende bemiddelingsakkoord aannemelijk te maken.<sup>192</sup> Concreet zal de benadeelde partij moeten aantonen dat indien de bemiddelaar wel onafhankelijk zou zijn geweest, zij het voorliggende akkoord niet had ondertekend en een gunstigere regeling had bereikt.<sup>193</sup>

### §3. De waarschuwingsplicht n.a.v. homologatie

**52. Deontologische regel** - Indien partijen een bemiddeling onder de leiding van een erkend bemiddelaar succesvol hebben afgerond, kunnen ze het bemiddelingsakkoord ter homologatie voorleggen aan de rechter (art. 1733 Ger.W.). In dat verband bepaalt art. 1733, lid 2 Ger.W. dat de rechter de homologatie van het akkoord kan weigeren "*indien het strijdig is met de openbare orde of indien het akkoord dat werd bereikt na een bemiddeling in familiezaken strijdig is met de belangen van de minderjarige kinderen*".<sup>194</sup> Op basis van art. 21 van de gedragscode moet de bemiddelaar de partijen daarop wijzen.<sup>195</sup> Een redelijk handelend bemiddelaar is verplicht zijn cliënten te waarschuwen indien zij een oplossing kiezen die in strijd is met de wet. Bijgevolg komt zijn aansprakelijkheid in het gedrang indien hij partijen toch laat onderhandelen op basis van een misvatting.<sup>196</sup>

Opnieuw is het onzeker of, indien de bemiddelaar de partijen wel had gewaarschuwd, zij nog tot een overeenkomst zouden zijn gekomen. Daarom bestaat de schade uit het verlies van een kans om een uitvoerbare titel te krijgen door homologatie van het akkoord.<sup>197</sup> Een erkend bemiddelaar kan die schade ook vermijden door zich terug te trekken indien partijen op het punt staan een overeenkomst met elkaar aan te gaan die in strijd is met de wet en zij niet

<sup>192</sup> P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, "Médiation: confidentialité et responsabilité", *JT* 1999, (254) 257.

<sup>193</sup> E. SCHUTTE en J. SPIERDIJK, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 142. Zie voor voorbeeld uit de Verenigde Staten: *Lange v Marshall*, 622 S.W. 2d 237 (Mo. Ct. App. 1981).

<sup>194</sup> Zie bv. Gent 31 januari 2008, nr. 2007/AR/304, [www.juridat.be](http://www.juridat.be). Weigering van homologatie zorgt niet voor nietigheid van het akkoord (S. DE BAUW en B. GAYSE, "De rechter en bemiddeling: nood aan nieuwe attitudes en vaardigheden" in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, (109) 158, nr. 110).

<sup>195</sup> De bemiddelaar die advocaat of notaris is, moet in die hoedanigheid zowel de gedragscode voor bemiddelaars naleven als de gedragscode die geldt voor zijn hoofdberoep (*Hand.* Senaat 2004-05, nr. 3-781/7, 26-27).

<sup>196</sup> S. BROUWERS, "Tucht en deontologie van de bemiddelaar", *Ius & Actores* 2008, (15) 28; S. BROUWERS, "Aansprakelijkheid van de bemiddelaar", *Ius & Actores* 2007, (93) 95-96.

<sup>197</sup> M. GONDA, "L'avocat en une autre qualité particulière (curateur, médiateur, etc...)" in X (ed.), *Les risques du métier: Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2007, (127) 135.

bereid zijn de overeenkomst zodanig aan te passen.<sup>198</sup> Aangezien de bemiddelaar dan niet langer het akkoord ondertekent, kunnen ze het niet meer voorleggen ter homologatie.

## Besluit

**53. Aansprakelijkheid advocaat** - In het eerste hoofdstuk van deze bijdrage beoogden we aan de hand van drie grote leerstukken (bewijs, verjaring en verlies van een kans) een overzicht te geven van de recente ontwikkelingen over de aansprakelijkheid van de advocaat. Grote evoluties hebben zich niet voorgedaan, maar niettemin was er heel wat - soms gevarieerde - rechtspraak over dit thema te vinden. De reden daarvoor is dat het professioneel aansprakelijkheidscontentieux vaak over feitenkwesties gaat die onderworpen zijn aan de soevereine beoordeling van de bodemrechter.

Toch is het niet correct om te argumenteren dat er zich helemaal geen vernieuwingen hebben voorgedaan in dit domein. Nu en dan duikt er een nieuw leerstuk op dat nog niet beschreven staat in de basiswerken over de aansprakelijkheid van de advocaat. Zo hebben we de nodige aandacht besteed aan de recente invoering van de advocatenakte en de discussie over een mogelijke verhoogde aansprakelijkheid die zo'n akte met zich mee kan brengen. Daarnaast werd de *enac* besproken die door het hof van beroep te Antwerpen als verweermiddel werd aanvaard tegen een aansprakelijkheidsvordering. Het moge duidelijk zien, over deze kwesties is het laatste woord nog niet gezegd.

**54. Aansprakelijkheid bemiddelaar** – In een tweede hoofdstuk werd ingegaan op de aansprakelijkheid van de bemiddelaar. In de Belgische rechtspraak zijn daarover nog geen gepubliceerde uitspraken te vinden. Niettemin hoopten we aan de hand van deze bijdrage aan te tonen dat een aansprakelijkheidsclaim voor een bemiddelaar niet geheel onrealistisch is. Net zoals voor iedere andere professioneel is het een 'zwaard van Damocles' dat boven zijn hoofd hangt. Toch zal het daar blijven hangen zolang de bemiddelaar de wettelijke regels respecteert (de geheimhoudingsplicht) en zich gedraagt als een *bonus pater familias* (onpartijdigheids- en onafhankelijkheidsplicht en waarschuwingsplicht).

---

<sup>198</sup> S. BROUWERS, "Aansprakelijkheid van de bemiddelaar", *Ius & Actores* 2007, (93) 96; M. GONDA, "L'avocat en une autre qualité particulière (curateur, médiateur, etc...)" in X (ed.), *Les risques du métier: Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Brussel, Bruylant, 2007, (127) 136.